

THÈSE DE
CAEN.

1891
N^o. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

LA LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN REM

ESSAI SUR LA PROCÉDURE CIVILE PRIMITIVE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LE POUVOIR

ET LES

ACTES D'ADMINISTRATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

dans le grand amphithéâtre de la Faculté de droit le 16 avril 1891

PAR

P. CUCHE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1891



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

LA LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN REM

ESSAI SUR LA PROCÉDURE CIVILE PRIMITIVE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LE POUVOIR

ET LES

ACTES D'ADMINISTRATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

dans le grand amphithéâtre de la Faculté de droit le 16 avril 1891

PAR

P. CUCHE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. GUILLOUARD, Professeur.

Suffragants : { MM. JOUEN
DANJON } *Professeurs.*
GAUCKLER, *Agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1891

A M. GUILLOUARD

AVOCAT, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT

HOMMAGE DE MA RESPECTUEUSE RECONNAISSANCE

A MA FAMILLE

DROIT ROMAIN

LA LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN REM

ESSAI SUR LA PROCÉDURE CIVILE PRIMITIVE

INTRODUCTION

Toutes les fois que par une voie quelconque nous poursuivons la reconnaissance d'un droit, nous créons une procédure.

Ainsi conçue la procédure est vieille comme le monde, car elle est une suite nécessaire de l'ignorance et de la mauvaise foi. De l'ignorance, lorsque les deux parties se croient en toute sincérité titulaires du droit qu'elles revendiquent. De la mauvaise foi, dans tous les autres cas, et ils sont nombreux.

Dans sa forme elle a constamment varié comme la justice elle-même, qui a revêtu dans l'histoire de l'humanité deux aspects différents, justice sociale et justice privée. La procédure sous la justice privée devait être assez simple, et si l'on veut bien imaginer deux animaux

féroces s'arrachant une proie, je suis persuadé qu'on aura réussi à s'en faire une idée rigoureusement exacte. De nos jours encore la guerre réalise une procédure de ce genre.

La justice sociale sous-entend une autorité qui s'impose aux deux parties, ou acceptée par elles. Dans ce cas la procédure consistera à mettre en communication cette autorité avec ceux qui sollicitent son intervention et à assurer au besoin l'exécution de la sentence.

Je ne crois pas utile de démontrer la supériorité de cette seconde forme de la justice sur la première ; mais il ne faudrait pas en conclure qu'elles se soient succédé comme la civilisation succède à la barbarie, ce ne serait pas complètement vrai.

La première autorité a été celle du père de famille ; la première forme de la justice a donc été la forme domestique ou sociale, puisque la famille n'est qu'une société embryonnaire. L'autorité du père de famille ou du patriarche a dû subsister pendant toute cette période que les sociologistes appellent *tribale* ou *patriarcale*. La terre était alors sillonnée par des groupes familiaux nomades, trop grande pour ceux qui l'habitaient et qui ne pensaient pas encore à s'entretuer pour s'en disputer les lambeaux (1).

(1) Si cependant nous supposons une lutte entre deux tribus, il est évident que l'absence d'un médiateur commun laissait libre cours à la justice privée. Ces rivalités entre tribus nomades devaient être assez rares.

Puis apparaît l'agriculture et avec elle l'instinct de l'appropriation privée ; les groupes nomades deviennent sédentaires ; les liens de familles se relâchent à mesure que les générations se multiplient : mais en supposant même qu'à l'intérieur de chaque *tribu, gens, phratricie* etc. (1), l'autorité du chef commun soit demeurée assez puissante pour imposer ses décisions aux membres de l'association, il est certain qu'au dehors une telle autorité ne se comprend plus, et dans l'hypothèse de plusieurs groupes établis les uns à côté des autres et formant entr'eux l'agglomération qui deviendra peut-être plus tard une cité, aucun pouvoir domestique n'est compétent pour arbitrer les contestations nées entre individus appartenant à des *gentes* différentes.

C'est ainsi que s'explique la nécessité de la justice privée.

Maintenant quand disparut-elle ?

Bien plus, toutes les races humaines ont-elles rencontré cette phase critique dans leur évolution ?

Voilà autant de questions que je ne crois pas encore susceptibles de recevoir une solution.

Nous pouvons cependant poser un principe général ; c'est que la société ayant, comme l'individu, l'instinct de la conservation, elle a dû rejeter le plus tôt possible

(1) Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que certains groupes nomades n'aient adopté immédiatement la forme sociale de la *familia* ou famille simple. Tout dépend de l'époque et du milieu où s'est produit l'évolution.

cette forme de justice éminemment subversive de l'ordre et de la civilisation. Il s'est toujours et fatalement révélé à ce moment une autorité de nature à commander le respect de tous, l'autorité religieuse, qui rendit les jugements comme elle rendait les oracles.

Sous le palmier du mont Ephraïm les juifs venaient soumettre leurs contestations à Deborah la prophétesse ; les anciens juges d'Israël étaient à la fois prêtres et rois ; dans l'Inde, les brahmes remplissaient aussi les fonctions de magistrats ; à Rome, le premier tribunal fut le collège des Pontifes ; partout la justice civile, comme la justice criminelle, apparaît avec l'auréole de l'inspiration divine, même lorsqu'elle se présente sous la forme d'un hommage rendu à la vieillesse ou au courage militaire. La procédure elle-même emprunta l'allure des cérémonies sacrées et resta pendant longtemps secrète à l'égal d'une initiation ; les livres saints en contenaient les rites mystérieux associés ainsi à l'autorité des enseignements divins (1).

Ces considérations étaient utiles pour dégager toute l'importance que dût avoir la procédure dans les sociétés primitives, alors qu'on ne cherchait pas tant à connaître les droits qu'à les faire respecter. A cette époque, et pour employer au rebours la classification de Jérémie Bentham, le véritable droit substantif, c'était la procé-

(1) Buonamici, *Storia della procedura romana*, introd.

ture (1) et si de nos jours, après trente siècles de civilisation, il nous plaît de considérer la procédure comme un accessoire fastidieux du droit théorique, nous méconnaissions inconsciemment les conditions les plus essentielles à l'existence de la société, la nécessité d'y pourvoir ne nous les ayant jamais révélées.

Notre horizon ainsi élargi, nous pouvons aborder avec confiance l'étude de la *legis actio sacramenti in rem* ; elle peut en effet satisfaire aux préoccupations les plus élevées de la philosophie sociale, tout en offrant à l'antiquaire l'attrait d'une véritable curiosité juridique. Cette *legis actio* constitue assurément le plus ancien mécanisme procédural connu des Romains et son apparition détermine le moment précis où la société naissante est intervenue pour mettre la force du côté du droit et entraver les débordements de la justice privée ; le duel, la lutte corps à corps s'y est en effet conservé à l'état de formalité et de symbole, comme un antique bas-relief enchâssé au fronton d'une construction nouvelle.

Pourquoi maintenant limiter notre examen à l'*actio in rem* ? C'est que la véritable procédure primitive a été la procédure des actions réelles.

Après la famille, la plus ancienne des institutions

(1) Jérémie Bentham appliquait au droit et à la procédure les épithètes respectives de droit substantif et droit adjectif.

humaines fut la propriété, suite immédiate et nécessaire de la culture des terres (1). Les droits de famille et de propriété reçurent tout d'abord la même organisation et les mêmes sanctions : ce fut plus tard seulement que l'esprit humain s'éleva jusqu'à concevoir des rapports d'obligations et la procédure destinée à les faire valoir ne fut qu'une copie de la procédure réelle.

D'autre part, et cette seconde raison pourrait paraître assez brutale si elle était isolée, notre principale source d'inspiration, le commentaire de Gaius, n'a conservé toute son intégrité qu'en ce qui concerne l'action réelle ; en dehors nous n'avons plus que l'autorité conjecturale de reconstitutions audacieuses.

Nous allons procéder à une analyse minutieuse des formalités du *sacramentum* ; ce n'est certes pas une œuvre d'art dont je tiens à faire briller les moindres ciselures, mais chaque détail de cette procédure bizarre, et si l'on veut fossile, peut nous fournir l'occasion de généralisations plus ou moins hardies qui nous serviront dans notre seconde partie à esquisser à grands traits la physionomie de la procédure primitive.

(1) Cette préexistence des droits réels ne constitue pas seulement un principe sociologique, c'est en même temps l'application d'une vérité philosophique bien profonde, dont l'exposition ferait malheureusement ici l'effet d'un hors-d'œuvre. L'appropriation, c'est une assimilation imparfaite, or, l'assimilation est une suite directe de l'activité : la plante, activité d'ordre inférieur, s'assimile les matières minérales et se les approprie en les transformant ; l'intelligence, activité supérieure, s'assimile les objets de sa connaissance par la représentation intérieure et extra-sensible qu'elle s'en fait ; de même dans l'ordre économique, l'activité physique de l'homme a pour résultat l'appropriation de la terre qu'elle a fertilisée.

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE

La méthode qui semble indiquée en cette matière consiste dans un examen successif de la procédure *in jure*, et de la procédure *in judicio* ; mais un tel ordre ne saurait être adopté qu'avec de grandes réserves ; car, sans préjuger la question relative à l'origine de la distinction entre le *jus* et le *judicium*, nous pouvons dès maintenant affirmer qu'elle est purement arbitraire et n'a pas son fondement dans la nature même de la procédure primitive. Elle est résultée de la multiplicité des affaires, qui n'a pas permis au magistrat de se réserver l'arbitrage de tous les procès, mais l'a forcé de déléguer une partie de ses attributions à un juge accepté par les plaideurs.

Le *judicium* se retrouve dans la procédure formulaire avec les mêmes caractères essentiels que sous le régime des *legis actiones* ; il y a en effet dans tout procès un moment où commence la discussion sur le fond même du droit, sur l'espèce soumise à l'appréciation du juge ; tout ce qui s'est passé auparavant n'est destiné qu'à donner naissance à cette discussion, etsi, pour introduire l'instance, on a pu prescrire des formules abstraites et

des cérémonies solennelles, ce formalisme est devenu impossible quand on s'est trouvé en présence du fait lui-même, d'où le procès a surgi ; ici il fallait laisser libre cours aux explications fournies par les parties, aux plaidoyers de leurs avocats.

Il y a donc dans toute procédure, la plus récente comme la plus reculée, une phase commune affranchie des solennités judiciaires. Chez les Romains cette phase s'est appelée pendant longtemps le *judicium* ; elle ne s'est trouvée nettement séparée de l'introduction de l'instance, que par suite de circonstances de fait absolument étrangères, je le répète, à l'essence de la procédure primitive, et résultant du développement rapide de la cité romaine, qui a mis le magistrat, à un moment donné, dans l'impossibilité de tout juger par lui-même.

Voici donc notre conclusion : c'est que toute notre attention doit se porter sur ce qui se passe *in jure*, et en effet, si la procédure primitive présente des caractères originaux et typiques, c'est assurément là qu'ils se trouveront concentrés. Quant au *judicium* nous en dirons quelques mots, mais ce sera plutôt pour obéir à une préoccupation esthétique et afin de reconstituer dans son ensemble toute l'économie du procès.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROCÉDURE IN JURE.

La procédure *in jure*; ou en d'autres termes l'introduction d'instance, constitue proprement la *legis actio*.

On a proposé bien des explications de ce terme *legis actio*. Gaius (Com. IV, § 11) (1) nous en donne deux et les interprètes n'ont pas voulu rester en retard sur lui. Toutes ces tentatives sont je crois stériles, car elles aboutissent à des résultats que personne ne conteste.

Il est certain, et c'est une première explication, que les *legis actiones* ont été introduites par un pouvoir législatif quelconque (2), probablement par les pontifes. Il est non moins certain, et c'est une seconde explication, que les formules prononcées devant le magistrat devaient être calquées sur le texte de la loi qui permettait d'agir *in jure* (3).

Mais remarquons que ces deux aspects de la *legis*

(1) *Actiones quas in usu veteres habuerunt legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditæ erant. vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant et ideo immutabiles proinde ac leges observabantur.*

(2) Ne faudrait-il pas dire alors *legum actiones* ?

(3) Faut-il rappeler l'exemple fameux que rapporte Gaius dans le texte cité à la note précédente ? un cultivateur perdit son procès pour avoir substitué au mot *arbor*, qui se trouvait dans la formule légale, le mot *vitis* pourtant plus approprié à l'espèce du procès.

actio sous-entendent deux acceptions différentes données au mot *lex*.

Dans la première conception de la *legis actio*, soit que l'on attribue à *actio* la signification toute moderne d'action, soit qu'on entende, par là, la répétition de certains actes et de certains gestes destinés à révéler aux magistrats les prétentions rivales des parties (1), on est d'accord pour donner au mot *lex* le sens général d'organisation législative (2).

Au contraire, dans la seconde conception de la *legis actio*, *lex* signifierait une loi spéciale, édictée dans un cas également spécial et prescrivant l'emploi de certaines formules solennelles applicables seulement dans l'hypothèse qu'elle prévoit : *lege agere*, voudrait dire, remplir les formalités imposées par telle ou telle loi pour faire reconnaître tel ou tel droit.

Quoiqu'il en soit, ces différentes manières de voir sont parfaitement justifiées.

Je ne crois pas d'ailleurs que la connaissance exacte du contenu de ces deux termes soit destinée à nous fournir de bien grands éclaircissements sur la matière qui nous intéresse, mais il était naturel au début d'une étude sur la *legis actio sacramento* de soulever ce problème et de se demander avant tout ce que c'est qu'une *legis actio*. En somme, il n'est pas défendu de penser

(1) Buonamici, *op. cit.*, introd.

(2) Dans ce cas la *legis actio*, c'est le moyen légal d'obtenir justice par opposition aux moyens illégaux qui seraient la violence et la ruse.

qu'il ne s'agit là que d'une appellation donnée après coup à tout un système de procédure ; de même que les interprètes ont distingué la procédure formulaire et la procédure extraordinaire, de même les auteurs de l'époque classique, ont pu réunir sous le terme générique de *legis actiones* toutes les voies légales qui permettaient à l'origine de Rome de recourir à l'arbitrage du pouvoir social. L'accouplement de ces deux mots *legis actio* se serait donc produit sous une inspiration toute moderne, et on devrait renoncer à y chercher une révélation sur la nature de la procédure primitive.

Arrivons maintenant à l'étude de la *legis actio* dans le *sacramentum*.

On a souvent défini la procédure *per sacramentum* un drame en deux actes, on aurait pu ajouter, et en plusieurs tableaux : un acte se passe devant le magistrat, un autre devant le juge ; quant aux tableaux ils sont tous groupés dans la partie de la procédure qui est introductive d'instance. Les parties prennent successivement *in jure*, certaines attitudes correspondant chacune à une phase distincte du procès, si bien qu'à l'époque des actions de la loi, un citoyen romain passant devant le tribunal aurait pu, d'un coup d'œil et sans rien entendre, juger si la cérémonie judiciaire était à son commencement, à son milieu ou à sa fin.

On peut reconstituer presque trait pour trait la physionomie du *sacramentum*, en combinant les informations tirées des différentes sources. Laissant aux plai-

deurs leurs traditionnelles appellations d'*Aulus Aggerius* et de *Numerius Negidius*, nous supposerons un conflit sur une revendication d'esclave.

A^s *Hunc ego hominem ex jure l. Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui.*

N^s *Eadem verba.*

P^r *Mittite ambo hominem.*

A^s *Postulo anne dicas qua ex causa vindicasti.*

N^s *Jus peregi sicut vindictam imposui.*

A^s *Quando tu injuria vindicasti ego te sacramento quingenario (vel quinquagenario) provoco.*

N^s *Similiter ego te.*

Lorsqu'il s'agissait d'un fond de terre une cérémonie spéciale préluait à la provocation au *sacramentum*.

A^s *Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur eum ego ex jure Quiritium meum esse aio : inde ibi ego te ex jure manum consertum voco.*

N^s *Unde tu me jure manum consertum vocasti inde ibi ego te revoco.*

P^r *Suis utriusque superstibus præsentibus istam viam dico : inite viam.*

(Les parties allaient chercher la motte de terre qui figurait le champ).

P^r *Redite viam.*

Il était nécessaire de placer en guise d'épigraphe la scène principale du drame, si l'on nous permet de continuer cette comparaison ; en effet, une fois engagé dans

l'analyse de la procédure *in jure*, les questions naissent si nombreuses et de nature si différente que si l'on veut éviter la division à l'infini et la confusion qui en résulterait, on se voit forcé de les grouper artificiellement autour du commentaire littéral des formules prononcées par les plaideurs. Nous obtiendrons ainsi une unité factice, il est vrai, mais préférable cependant même à un beau désordre.

SECTION I

COMMENTAIRE DES FORMULES.

§ 1. — Conservons l'hypothèse la plus simple, celle où il s'agit d'une action réelle mobilière comme la revendication d'un esclave : la première formule prononcée *in jure* est celle-ci : « *Hunc ego hominem meum esse aio ex jure Quiritium secundum suam causam, sicut dixi ecce tibi vindictam imposui* ».

C'est ici le moment de se souvenir de ces — os médullaires — dont Rabelais nous parle dans sa *Préface de Gargantua*, car l'analyse de ces deux phrases si curieusement accolées, va nous révéler l'un des aspects les plus originaux du *sacramentum*, et aussi l'un des plus typiques au point de vue qui nous intéresse (1).

Voici en effet ce que nous y découvrons : d'abord, l'affirmation d'un droit de propriété : *Hunc ego hominem meum esse aio*, puis l'annonce d'une manifestation exté-

(1) Bechmann, *Studie in gebiete der leg. act. sac. in rem* Munich, 1889.

rieure de ce droit, présentée comme la conséquence de l'affirmation qui vient d'en être faite et comme un défi à la partie adverse « *sicut dixi ecce tibi vindictam imposui* ».

Il n'y aurait rien d'insolite à voir ces deux actes se succéder l'un à l'autre, mais la construction littérale des deux phrases, permet de supposer qu'à l'origine, il n'a pas dû en être ainsi, et ce qui rend cette hypothèse vraisemblable, c'est d'abord l'interposition de ces deux mots « *sicut dixi* ». Ils font allusion à quelque chose qui vient d'être dit précédemment, or si l'affirmation avait eu lieu immédiatement auparavant, le besoin de la rappeler ne se ferait pas sentir ; d'autre part ces deux mots ne se rapportent pas à des paroles non solennelles qui auraient été prononcées dans l'intervalle, car cette conjecture est rendue invraisemblable par la nature même de la procédure *in jure* où tout s'opère à l'aide de formules, où rien ne se passe en dehors des formules : d'ailleurs, aucun texte n'autorise une supposition de ce genre (1).

Notre hypothèse peut encore trouver son fondement dans un second indice ; on a peut-être remarqué que le verbe *imposui* étant au parfait, implique l'écoulement d'un temps plus ou moins long, entre l'acte une fois ac-

(1) Nous permettra-t-on de proposer une opinion qui ne fait que nuancer celle de Bechmann, mais qui je crois la rapproche davantage de la vraisemblance ; il y aurait, selon nous, deux affirmations solennelles du droit, l'une unilatérale devant le magistrat, l'autre contradictoire en présence de l'adversaire, et la seconde rappellerait la première par ces mots : *sicut dixi*, (V. *infra*, p. 16 et 17).

compli et les paroles destinées à en révéler le sens à l'adversaire ; si la formule avait été prononcée d'un seul jet et accompagnée de l'imposition de la *vindicta* ou *festuca*, l'emploi du verbe au présent serait seul logique et grammatical. Il faut donc supposer un arrêt dans la procédure ; d'abord a lieu l'affirmation du droit et l'imposition de la *festuca*, puis, après un intervalle dont nous essaierons de déterminer la nature et l'étendue interviennent ces paroles « *sicut dixi ecce tibi vindictam imposui* » (1).

Cette double considération sans être assurément suffisante pour entraîner les convictions, est cependant de nature à éveiller dans l'esprit quelques doutes sur les principes traditionnellement admis en matière de *sacramentum*. La théorie que nous proposons d'adopter, a, je crois, le mérite d'expliquer non seulement les formes antiques de cette procédure, mais encore de dégager entre certaines institutions du Droit romain primitif une harmonie jusqu'ici inconnue en en faisant ressortir l'unité d'origine.

Le *sacramentum* n'est pas à notre avis une procédure essentiellement contradictoire, elle ne l'est devenue

(1) Il ne faudrait pas nous opposer cette phrase de Gaius : *et simul homini festucam imponebat*, car nous ne contestons nullement qu'à partir d'une certaine époque, la formule ne se soit prononcée d'un seul trait, avec imposition simultanée de la *festuca*. Gaius nous décrit le *sacramentum* sous sa forme définitive, et peut-être aussi, d'après les survivances qu'il avait laissées dans le droit classique, telles que la *Manumissio vindicta* ou l'*in jure cessio*, au contraire nous nous plaçons à la période embryonnaire de cette procédure. D'ailleurs, il est certain qu'une seconde imposition de la *festuca*, devait avoir lieu à l'origine, à la suite de ces paroles : *sicut dixi ecce tibi* etc. car elle était nécessaire pour réaliser la *Manuum consertio*.

qu'ultérieurement, mais à l'origine elle commençait à être unilatérale et ne devenait contradictoire que par suite de circonstances qui pouvaient fort bien ne pas se présenter. Cette affirmation revêt une allure mystérieuse, nous allons faire notre possible pour l'éclaircir.

Maynz et Summer Maine (1) ont montré sous une forme humoristique de quelle manière le *sacramentum*, ou si l'on veut le pari s'est révélé comme moyen de trancher les contestations.

Deux guerriers sont en train de se battre sur la place publique à propos d'un esclave ; leur lutte cause un certain désordre ; un pontife ou un chef militaire (*vir pietate gravis*) attiré par le bruit, les sépare en leur demandant le sujet de leur querelle. Les deux combattants le choisissant pour arbitre, expriment tous les deux leurs prétentions sur l'esclave ; ils prennent les dieux à témoins et se provoquent mutuellement à leur faire une offrande au cas où on leur donnerait tort.

Voilà assurément l'origine du *sacramentum*, mais il ne s'agit là que d'une procédure instinctive, et surgie de la rencontre fortuite d'un arbitre ; il est certain que cette façon de régler les contestations est dans les mœurs, et le jour où l'autorité sociale sera assez forte pour imposer une procédure, c'est sous cette forme qu'elle l'organisera, mais en attendant c'est la force qui

(1) Maynz, *Cours de Droit romain*, t. 1, p. 491. Summer Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, p. 312.

règne, d'un moment à l'autre on peut craindre de se voir violemment dépossédé et il ne se présentera pas toujours un arbitre consentant à interposer son autorité, ou capable de le faire. Cette situation dut suggérer le procédé suivant à celui qui craignait de se voir contester son droit sur un objet actuellement en sa possession ; muni de cet objet, il allait trouver un prêtre, un chef de guerre, en un mot, un de ceux qui paraissaient représenter à cette époque le pouvoir social et judiciaire naissant, et devant lui il faisait l'affirmation de son droit de propriété. Cette cérémonie peu compliquée avait cependant un caractère de publicité suffisant pour mettre en éveil ceux qui prétendaient au même droit sur l'objet. Mais s'ils venaient exprimer cette prétention rivale, et contredire l'affirmation du possesseur, grâce à la présence de l'autorité, la lutte corps à corps et le duel à main armée n'étaient plus à craindre et l'arbitrage s'imposait. Si aucun contradicteur ne se présentait, le pontife confirmait la déclaration faite devant lui ; il se trouvait ainsi mis en cause et intéressé à empêcher la violence au cas où l'on viendrait plus tard contester la légitimité de cette affirmation.

Le jour où la justice privée disparut complètement, et où les règles de la procédure devinrent obligatoires, le possesseur n'eut plus à redouter d'autre trouble qu'une citation à comparaître en justice et il pouvait l'attendre sans inquiétude. Les rôles se trouvaient donc renversés ; au lieu de se mettre en quête d'un contradicteur, c'était

le contradicteur lui-même qui venait le provoquer par le moyen légal de l'*in jus vocatio*.

Cependant l'ancien usage de l'affirmation du droit et de l'*addictio* ou confirmation qui pouvait en résulter, resta en vigueur dans tous les cas où la prétention n'était pas de nature à rencontrer un adversaire déterminé. Nous en citerons quelques-uns ultérieurement.

Remarquons d'abord que notre théorie explique l'interposition des mots *sicut dixi* et du parfait *imposui*.

Si nous supposons en effet qu'à l'origine le possesseur actuel que nous appellerons désormais le vindicant faisait seul devant le magistrat l'affirmation de son droit, accompagné de l'imposition de la *festuca*, puis qu'il attendait la contradiction d'un adversaire quelconque, on comprend que cet adversaire se présentant, le vindicant puisse lui dire *sicut dixi ecce tibi vindictam imposui* c'est-à-dire « en vertu de l'affirmation de mon droit que j'ai faite, j'ai imposé la *festuca* sur l'esclave, et tu dois regarder cette manifestation comme un défi qui t'est maintenant adressé. »

Désormais le débat devient contradictoire, le vindicant a devant lui un contra-vindicant ; il doit démontrer la supériorité de son droit sur celui de son adversaire.

Dans l'hypothèse où il n'y avait pas de contra-vindicant, la procédure demeurerait unilatérale jusqu'à la fin et se terminait par une *addictio* prononcée par le magistrat au profit du possesseur. On attendait ordinairement l'heure de midi pour clore la cérémonie, c'est ce que

prouve un fragment de la première table : *post meridiem præsentî litem addicito* (Bruns fontes, 18).

Cette conception du *sacramentum* jette une lumière inattendue sur certaines institutions primitives de Rome, à savoir sur les *causæ liberales*, la *manumissio vindicta* et la *manus injectio* (1).

Les *causæ liberales* sont même devenues à l'époque où le *sacramentum* s'est transformé en procédure essentiellement contradictoire, un des cas particuliers annoncés plus haut, où le débat pouvait rester unilatéral, spécialement dans l'hypothèse d'une *vindicatio in servitutem*, car il devait fréquemment arriver qu'aucun citoyen ne se présentât comme contradicteur et ne fut tenté d'assumer les fonctions d'*assertor libertatis* ; il y a certes quelque chose d'insolite à voir ainsi un procès se terminer d'une façon définitive, sans qu'il y eut eu de débats, mais il ne faut pas oublier que les *causæ liberales* remontent à une haute antiquité, et leur mécanisme s'explique à merveille, si l'on n'y voit que le reflet de la forme primitive de la procédure. Le maître dans la *vindicatio in servitutem* et l'*assertor libertatis* dans la *proclamatio in libertatem* n'ont pas en face d'eux, de contradicteur déterminé, ils se présentent devant le magistrat et sollicitent de lui une *addictio*, au cas où aucun adversaire ne surgirait.

Dans la première hypothèse, cette *addictio* équivaut

(1) Bechmann, *op. cit.*, pp. 8 et 10.

à une déclaration du droit de propriété sur l'esclave, dans la seconde elle fait de celui-ci un homme libre.

Quand à la *manumissio vindicta* qui n'est en somme qu'une *proclamatio in libertatem*, elle nous offre le spectacle d'une *addictio*, faite dans des conditions particulières puisque le maître, le véritable contradicteur légitime, est présent mais ne dit rien. Néanmoins, et bien qu'il s'agisse d'une procédure gracieuse par conséquent relativement récente dans son application, il faudrait se garder d'y voir une descendance abâtardie de l'ancienne cérémonie judiciaire ; l'absence de débat contradictoire la rattache au contraire d'une manière intime à l'ancienne revendication.

Enfin, en troisième lieu, la *legis actio per manus injectionem* nous fournit encore l'exemple d'une procédure commençant unilatéralement et ne devenant pas toujours contradictoire.

Nous y trouvons en effet, comme dans la revendication une main-mise accomplie *in jure*, et accompagnée de paroles solennelles, mais ici la main-mise s'opère sur le débiteur qui est *nexus* ou assimilé à un esclave. A ce moment, il se passe quelque chose d'analogue à l'affirmation du droit suivie de l'imposition de la *festuca*. L'analogie est encore plus complète si l'on remarque que là aussi, il doit y avoir une *addictio*. Le magistrat peut en effet attribuer (*addicere*) le débiteur à son créancier, mais pour cela il faut supposer qu'il ne se présente pas un *vindex* c'est-à-dire, un succédané du contra-vindicant

ou de l'*assertor libertatis* ; on le voit, le parallélisme est continu.

Nous réussissons ainsi à établir un lien de parenté entre les deux *legis actiones* les plus importantes et les plus anciennes, et nous démontrons également que les *causæ liberales* ne constituent pas une anomalie dans l'histoire des institutions judiciaires de Rome, comme on pourrait être tenté de le croire, dans l'opinion qui attribue à la revendication un caractère essentiellement contradictoire. Ce double résultat est je crois de nature à faire prendre en considération la théorie dont nous proposons précédemment l'adoption (1).

Jusqu'ici nous ne nous sommes préoccupés que de la revendication d'un objet mobilier. Un examen tout aussi long s'impose sur la revendication des fonds de terre.

Une connaissance, même superficielle de la constitution primitive de la famille et de la société, doit nous suggérer à ce propos une remarque générale : c'est que les procès immobiliers n'ont pas dû apparaître les premiers, parmi les contestations soumises aux magistrats, de même que sous le règne de la justice privée, les luttes engagées au sujet d'un fonds de terre, devaient se présenter assez rarement. C'est que l'ancienne organisation de la famille conférait à la propriété immobilière une grande fixité et une égale certitude.

(1) Cette opinion qui confère à la revendication primitive, le caractère unilatéral, a été émise par Bechmann (*Leg. act. sac. in rem*) mais il n'a pas cherché à se rendre compte des circonstances qui ont pu lui imposer ce caractère, aussi les considérations que nous avons présentées à ce sujet, n'ont-elles que la valeur d'une conjecture personnelle.

Chaque *gens* avait son patrimoine foncier solennellement délimité, et il est difficile de construire une hypothèse, où deux *gentes* pussent se disputer la propriété d'un immeuble. L'existence de telles contestations ne peut, à plus forte raison, s'imaginer entre membres de la même *gens*, ni entre membres de *gentes* différentes, puisque la terre à ce moment n'est pas encore l'objet d'une appropriation individuelle, et qu'à l'intérieur de chaque *gens*, tous les biens fonciers sont communs. Les formalités de la procédure étaient donc destinées à l'origine aux seules revendications mobilières ; je n'en veux pas d'autres preuves que l'imposition de la *festuca*, la plus caractéristique assurément parmi les solemnités du *sacramentum*, et qui suppose bien que l'on se trouve en présence de meubles.

Il n'est donc pas déraisonnable de penser que lorsque par suite des modifications introduites dans le régime foncier et l'organisation familiale, les procès immobiliers furent devenus possibles et fréquents, on leur ait instinctivement adopté les règles prescrites pour les procès mobiliers. On peut donner à cette opinion un fondement sérieux (1).

Comment procède en effet la revendication immobilière ?

Nous y retrouvons d'abord les mêmes formules qu'en matière mobilière, sauf que le mot *homo* va se

(1) *Sic* : Bechmann, *op. cit.*, pp. 39 et suiv. — *Contra* : Floretti, *leg. act. sac.*, p. 161. Naples, 1883.

trouver remplacé par le mot *fundus*. Ce n'est pas tout ; il y a, nous avons déjà dit, un prélude à la cérémonie de la double affirmation du droit : les deux plaideurs se provoquant mutuellement à se rendre sur les lieux pour y accomplir « *ex jure* » une *manuum consertio*.

C'est cette *manuum consertio ex jure* qui imprime à tout l'ensemble l'allure d'une construction artificielle. Il n'y a plus là, en effet, l'élément instinctif et spontané que l'on retrouve dans la procédure mobilière.

Dans ce dernier cas, sauf la présence du magistrat et le caractère solennel des formules nous pourrions nous croire en face d'une altercation véritable entre deux individus qui se disputent un objet mutuellement convoité. Seule, l'intervention du magistrat nous indique qu'il ne s'agit là que d'une cérémonie judiciaire, mais on saisit à merveille le passage de la réalité au symbole, de la lutte à main armée à la simple et inoffensive *manuum consertio*. Les traces de cette évolution se retrouvent encore plus facilement si l'on admet avec nous, l'existence à l'origine d'une revendication unilatérale. On aperçoit ainsi toutes les transformations subies par l'autorité judiciaire, d'abord simple puissance de fait, inviolable, grâce à son caractère religieux et choisie par les faibles pour les protéger contre une dépossession éventuelle, puis peu à peu, s'imposant à tous comme juge et non plus comme arbitre attirant à elle toutes les contestations, les immobilisant au moment où elles vont dégénérer en désordre, et arrêtant la lance (*festuca*)

à l'instant où elle va frapper (*mittite ambo hominem*).

Au contraire dans la revendication immobilière, que voyons-nous ?

Le premier acte accompli par les plaideurs, est un acte d'obéissance à une formalité légale, qui ne se comprendrait pas si cette procédure était née directement du besoin de traduire et de symboliser une lutte véritable.

S'il y avait lutte en effet, les adversaires commenceraient par se demander pourquoi ils se battent, et par échanger l'expression de leurs prétentions rivales. Ici, au contraire, la « *manuum consertio ex jure* » a lieu avant la vindication et la contravindication.

De plus, et quelque soit le sens que l'on attache à cette expression *ex jure manum consertum vocare* il est impossible d'y trouver aucun terme s'appliquant proprement à un combat pour la possession d'un immeuble.

Et d'abord, si *ex jure*, signifie, légalement, en vertu des prescriptions de la loi, le caractère factice de cette formalité s'impose avec la dernière évidence (1). Mais il est probable que ces mots ont une portée purement matérielle, c'est du moins ainsi qu'Aulu-Gelle les inter-

(1) Sic., Krueger sur Bechmann, leg., sac., in rem (Savigny, *Zeitung*, 1889). Cette interprétation peut s'autoriser d'un passage d'Ennius, où *ex jure* s'oppose à *ferro*, comme la légalité à la violence :

Vi geritur res
Non ex jure, manuum consertum
Sed magis ferro
Rem repetunt, regnumque petunt
Vadunt solida vi.

prête ; ils veulent dire, que les parties procèdent à la *manuum consertio*, en dehors du tribunal, et sur le fonds de terre lui-même (Aulu-Gulle, *Nuits attiques*, XX, 10). Mais alors, c'est dans le terme même de *manuum consertio* que nous allons rencontrer la négation de tout symbolisme en cette matière. Quel sens pouvons-nous donner en français à la traduction de cette phrase ? *Manu conserere fundum* ou *manus conserere in fundum* » ?

Expliquées mot à mot, ces expressions ne signifient absolument rien ; c'est pourtant la reproduction exacte du texte d'Aulu-Gelle (*loc. cit.*), *ad conserendum manum... in fundum...*

Au contraire ces alliances de mots ne s'adaptent-elles pas admirablement à une lutte pour la possession d'un objet mobilier ? Le premier mouvement de deux adversaires n'est-il pas alors de chercher à se l'arracher ? Il y a donc là une formalité transportée d'une procédure dans une autre, mais elle était symbolique dans la première, elle ne l'est plus dans la seconde (1).

Nous n'aurons donc pas à nous étonner que la multiplicité des procès ait conduit à la simplifier de plus en plus. D'abord, le magistrat ne se rendit plus sur les lieux

(1) Remarquons d'ailleurs que cette expression de *Manuum consertio*, ne se trouve nulle part dans les textes ; c'est une création des interprètes. Les textes portent seulement *Manum consertum*, ou *Manum conserere* c'est ce qui a permis à Muirhead de lancer cette affirmation hardie, « que la fiction de la lutte n'existait en aucun cas : *Manus*, aurait la signification de puissance, comme dans « *Manus mariti, manumissio* » et l'imposition de la *festuca*, ne serait que sa manifestation extérieure et non l'emblème de la violence (Muirhead. Introduction à l'étude du droit privé de Rome, *legis actiones*).

et se fit remplacer par des témoins: « *Suis utriusque superstibus istam viam dico* ». Enfin on en est arrivé à cette cérémonie bizarre qui excite la verve de Cicéron (*pro Murena*, 12) (1). Les parties déposent à l'entrée du prétoire, une motte de terre qu'elles sont censées être aller chercher sur le fonds de terre lui-même, et qui doit le représenter. S'il s'agissait d'une maison, on apportait une tuile, pour une prairie une motte de gazon, etc. C'est sur le fragment ainsi produit *in jure* que s'accomplissait la cérémonie de la *manuum consertio*. V. Aulu-Gelle (*loc. cit.*).

Nous avons jusqu'ici séparé l'hypothèse d'une revendication de meubles, et celle d'une revendication d'immeubles; maintenant que nous avons fait apparaître entre ces deux procédures, une distinction d'origine, il n'y a plus aucun inconvénient à les faire marcher parallèlement. Nous sommes arrivés dans chacune d'elles au

(1) Voici ce passage d'après la traduction de la collection Panckouke.

« Rien n'était plus simple que de procéder ainsi, la terre du pays des Sabins est à moi. — Non, elle m'appartient. — Puis de juger. Il ne l'ont pas voulu, » la terre, disent-ils, « qui est dans le pays nommé pays des Sabins (voilà déjà bien des mots, voyons la suite) moi je prétends qu'en vertu du droit quiritaire elle m'appartient » — et après. — « En conséquence je vous appelle sur le lieu même pour y débattre nos droits ». L'adversaire ne savait que répondre à ce verbiage du demandeur, alors le même jurisconsulte passe de son côté, comme un joueur de flûte latin. « Je vous appelle à mon tour dit-il, de l'endroit où nous sommes, sur le champ où vous m'avez appelé ». Le préteur, cependant se serait cru trop de talent et d'esprit, s'il avait pu lui-même faire la réponse, et on lui a composé une formule, absurde d'ailleurs, surtout dans ce qui suit « devant vos témoins ici présents, voici votre chemin, allez ». Notre savant jurisconsulte était là pour leur montrer la route. « Revenez », dit le juge, je crois que nos vieux romains tout graves qu'ils étaient, trouvaient bien ridicule d'ordonner à des hommes de quitter la place où ils étaient, où ils devaient être, pour revenir aussitôt, etc. »

moment où l'adversaire va prononcer sa contravendication. Gaius s'est ici contenté d'une simple mention : « *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat* » ce silence relatif était de nature à éveiller la controverse, il ne semblera donc pas étonnant que l'on ait nié l'existence d'une contravindication. Cette négation a été même élevée à la hauteur d'une thèse par Lotmar (*Leg. act. sac. in rem*, 1876) (1) : selon lui, la vindication n'implique pas l'affirmation d'un droit, et par conséquent l'adversaire n'a rien à contredire, c'est une simple manifestation symbolique de la force brutale ; il s'appuie sur deux textes juridiques et un assez grand nombre de textes littéraires. (Salluste, *Jugurtha*, 36 ; Catilina, 9 ; Sénèque, *benef.* VI, 5 ; Ovide, *fast.* V, 468, *Trist.* 8, 40 ; Tacite, *agric.* XXVII ; Cicéron, *Orator*, II, 2, etc.). Les deux textes juridiques appartiennent à Gaius et à Festus.

Gaius.

« *Si adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur sed jure belli res vindicatur* ». Comment. III, par. 94).

Festus.

« *Vindex ab eo quod vindicat quominus is qui prensus est ab aliquo teneatur*. (V. *Vindex*)

Mais remarquons d'abord que Gaius ne se place pas dans l'hypothèse d'une revendication judiciaire, quant à Festus il fait allusion à la *manus injectio*. Or, nous supposons qu'il s'agit d'une procédure *per sacramentum*.

(1) L'opinion de Lotmar a été adoptée par l'Italien Fioretti (*op. cit.*, p. 165 et seq.).

Ces textes ne sont donc pas décisifs puisqu'ils sont étrangers à la matière. Tout ce que l'on doit en tirer, et nous ne faisons aucune difficulté pour le reconnaître, c'est que *vindicare* signifie souvent recourir à la force, sans qu'il soit question d'aucune affirmation simultanée ; c'est d'ailleurs le sens que lui attribue son étymologie *vim dicere* : montrer la force ; *dicare*, ayant la même racine que le mot grec δεικνυμι et en latin les dérivés, *indicare*, *digitus*. Il est donc bien certain que tout autre interprétation donnée au mot *vindicatio* est en dehors de sa signification originale. Mais nous nous plaçons justement à une époque où l'imposition de la *festuca*, qui constitue en somme la *vim dicatio*, est toujours accompagnée de l'affirmation du droit et ne s'explique que par elle ; nous supposons en effet qu'un certain progrès s'est réalisé dans les esprits, ainsi que l'atteste l'organisation de la justice sociale, sous la forme du *sacramentum*. Rien d'étonnant, alors, à voir le mot *vindicatio* désigner à la fois, la prétention elle-même et sa manifestation extérieure et violente : une telle extension de sens n'est que l'application fatale d'une des grandes lois de la philologie.

Dans le *sacramentum* le mot *vindicatio* sera donc toujours employé avec un sens dérivé. Nous avons d'ailleurs un texte qui fait toucher du doigt cette transformation accomplie. C'est dans le Commentaire II de Gaius, le paragraphe 24 relatif à l'*in jure cessio*, c'est-à-dire au *sacramentum*, par conséquent écrit spécialement sur la

matière qui nous intéresse : *is cui in jure res ceditur rem tenens ita dicit : Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio : deinde postquam hic vindicaverit, prætor, interrogat eum qui cedit an contravindicet.*

Ici le mot *vindicare* est présenté comme résumant l'affirmation du droit jointe à l'imposition de la *manus* ou de la *festuca* (*rem tenens*) : il semble même s'appliquer plus spécialement au premier de ces deux actes. Voilà comment on peut s'expliquer que le mot français revendiquer soit devenu synonyme d'invoquer un droit de propriété.

Mais alors, si *vindicatio* signifie affirmation, il doit y avoir une contre-affirmation, ou contre-revendication, sans cela on ne comprendrait pas que le débat puisse naître. Nous sommes donc en présence de deux prétentions égales et contradictoires portant sur le même objet : c'est ce que prouve ce passage de Gaius (C. IV, p. 16). *Adversus eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset* (Conf. C. II, p. 24, *sup. cit.*). *Prætor interrogat an contravindicet* ; c'est donc que la contre-revendication est la règle (1).

Un savant allemand, Krueger, a justifié la nécessité d'une contre-revendication, sans faire intervenir l'idée d'une affirmation quelconque et en se fondant uniquement sur les principes spéciaux du droit primitif en

(1) Les critiques de Cicéron attestent bien l'existence de deux affirmations et leur antagonisme absolu, puisqu'il propose de condenser toute la procédure *in jure* dans ces deux mots *meus, immo meus*.

matière de possession et de propriété. Son argumentation est assez subtile pour rentrer dans le cadre de nos controverses ordinaires.

« A l'origine, dit-il, l'intelligence de l'homme n'était pas assez puissante pour distinguer la valeur juridique de ces deux mots : propriété et possession ; elle ne comprenait qu'une chose, le fait brutal de la possession. Celui qui était propriétaire, c'est celui qui possédait matériellement, qui avait l'objet à sa disposition immédiate, sous la main. Le premier progrès réalisé a consisté à considérer la propriété comme une source de droits, mais on n'alla pas jusqu'à l'imaginer séparée de la possession, et la vindication ne fut un moyen d'obtenir la propriété que parce qu'elle permettait de réaliser la possession par l'imposition de la lance (*festuca*). Que se passe-t-il en effet ?

Le vindicant met la main sur la chose en prononçant ces paroles : *Aio hanc rem meam esse* ; et certes il ne ment pas, la chose est bien à lui puisqu'il la détient : mais alors voilà son adversaire dépossédé, par conséquent non propriétaire. Ce résultat n'est pas juste puisqu'on ne sait pas encore qui des deux a tort ou raison. Il faut donc créer une contre-revendication, c'est-à-dire permettre au deuxième plaideur de se rendre aussi propriétaire en imposant sa *festuca*. D'un autre côté, pour ne pas tourner dans un cercle vicieux, il faut éviter que cette contre-revendication fasse perdre au vindicant la propriété qu'il vient d'acquérir ; il va donc garder sa

main sur la chose, pendant que son adversaire y place également la sienne, nous arrivons ainsi à la *manuum consortio*.

Quand le préteur prononce ces paroles : *Mittite ambo hominem*, ils doivent lâcher la chose en même temps, afin que l'un ne reste pas en possession pendant que l'autre n'y est déjà plus. Désormais tous les deux sont propriétaires et la tâche du juge est de déterminer lequel doit l'être exclusivement (1). »

Nous terminerons par une remarque de détail ce qui concerne la contre-revendication. C'est que les deux plaideurs émettent chacun une affirmation et devant la prouver, il n'y a ni défendeur, ni demandeur, aussi Gaius ne les désigne-t-il pas sous les noms de *reus* et d'*actor*, mais sous celui d'*adversarii* (Com. IV, Par. 16). Les épithètes d'*Aulus Aggerius* et de *Numerus Negidius* que nous avons conservées comme traditionnelles en droit romain sont même défectueuses à cet égard, car elles peuvent faire croire que les deux parties jouent un rôle différent.

§ 2. — *Postulo anne dicas qua ex causa vindicasti, etc.*

Les deux formules suivantes sont assurément celles qui nous retiendront le moins longtemps.

Le vindicant demande à son adversaire le motif de sa contre-revendication ; on peut voir par là que le mot *causa*

(1) Krueger, *Étude sur la Capitis deminutio*.

n'a plus ici le même sens que dans l'expression *secundum suam causam*, rencontrée dans la formule précédente. *Causa*, dans ce dernier cas, signifiait la nature juridique de l'objet revendiqué ; on peut revendiquer, par exemple, un homme comme esclave, comme fils de famille, comme *nexus*, etc. ; c'est ce que prouvent deux textes, l'un tiré de Gaius (Com. I, Par. 134) : « *Et ab eo qui adoptat vindicat apud prætorem filium suum esse, et illo non contravindicante a prætore vindicanti filius (comme fils) addicitur* ».

L'autre tiré d'Ulpien, où nous voyons justement figurer le mot *causa*, avec le sens que nous lui attribuons. « *Et ita Pomponius libro XXXVII: nisi forte inquit, adjecta causa quis vindicet: si quis ita petit: filium suum vel in potestate ex jure romano, videtur mihi et Pomponius, consentim recte eum egisse, ait enim adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse* » (L. I, p. 2, *De rei vind.* L. VI, t. 1).

Il faut conclure de là que les mots *secundum suam causam* ne sont pas en réalité prononcés *in jure*. Il y a là comme une case blanche que les plaideurs remplissent de la manière la plus appropriée à la nature du débat.

Au contraire *causa* dans la formule qui nous occupe veut dire *titre d'acquisition*. La contravindicant a-t-il reçu la mancipation de la chose, l'a-t-il usucapée ? etc. La réponse bizarre qui est faite à cette question semble bien près d'être inexplicable: *Jus peregi sicut vindictam im-*

posui. Les interprétations les plus larges et les plus diverses peuvent se donner carrière. Cela veut-il dire je me suis conformé aux solennités légales, aussi bien dans l'affirmation de mon droit que dans l'imposition de la *festuca*? Ou bien cela équivalait-il tout simplement à *jus feci*, j'ai agi dans mon droit? On peut accepter ces deux traductions, car elles contiennent chacune une part de vérité, qu'il est difficile de déterminer. Dans l'une comme dans l'autre la réponse du contravindicant apparaît comme une fin de non recevoir assez brutale, opposée à la question du vindicant (1).

Il devait d'ailleurs arriver souvent que cette formule se trouvât remplacée par une autre. Supposons en effet qu'il s'agisse d'un transfert de propriété opéré au profit du contravindicant, au lieu de répondre : *Jus feci sicut vindictam imposui*. Il aimera mieux nommer son auteur (*auctorem laudare*) et le mettre en cause pour conserver contre lui son recours en garantie. La possibilité de cette mise en cause nous apparaît dans cette formule que Valérius Probus (IV, 7) met dans la bouche du vindicant, et qui ne peut s'adresser qu'à l'*auctor*, devenu ainsi partie au procès : *Quando te in jure conspicio, postulo anne fuas auctor*? Une réponse affirmative devait permettre au débat de se continuer entre eux deux, et le contravindicant n'avait plus aucun intérêt à figurer *in jure* (2).

(1) Bechmann, p. 21, *op. cit.*

(2) On a soutenu que cette exclusion du contravindicant était impossible

§ 3. — *Le sacramentum Quando injuria vindicasti, etc.*

Les deux dernières formules sont les plus intéressantes au point de vue historique, car elles contiennent la provocation au *sacramentum*, c'est-à-dire au pari. Quelle était à Rome la signification de ce mot? Sa racine seule éveille l'idée d'une intervention religieuse, mais elle n'en détermine pas la nature.

Les uns ont voulu y voir un serment ; le dépôt de l'argent fixerait à forfait la peine du parjure ; pour les autres le *sacramentum* signifierait : offrande consacrée aux dieux (1), mais dans la première hypothèse on ne comprend pas ce que pourrait être un *sacramentum* de cinquante ou cinq cents as (*Quingenario vel quinquagenario sacramento*, Gaius, C. IV, p. 15) et dans la seconde on ne conçoit pas non plus comment une offrande pourrait être déclarée *justa aut non justa*, suivant la bonne ou mauvaise fortune de celui qui l'a faite ; or nous voyons dans tous les textes les expressions *sacramentum justum*, *sacramentum injustum*. C'est cependant cette seconde hypothèse qui est la plus rapprochée de la

par la raison que l'*auctor* n'étant plus propriétaire n'était pas fondé à formuler une affirmation de son droit *in jure*, mais nous supposons que le contravindican a fait cette affirmation et que par conséquent elle n'est plus à faire. Le rôle utile de l'*auctor* ne se passe pas *in jure*, mais *in judicio* ; or il n'y a pas dans cette phase de la procédure d'affirmation actuelle et solennelle d'un droit de propriété. (V. *Nouvelle Rev. hist.* 1882, t. 7, p. 180, un article de M. Girard sur l'action *auctoritatis*).

(1) Je ne parle pas de l'interprétation fantaisiste d'Isidore de Séville « *Vocatum est autem sacramentum, quia violare quod quisque promittit perfidiæ est* » (Orig., Isid. V, 24 *in fine*).

vérité. *Sacramentum* ne désigne pas l'offrande, mais la consécration de l'offrande. Cette consécration pourra porter sur une somme de cinquante ou de cinq cents as, et ainsi s'explique l'expression *sacramentum quinquaginta æris* et d'autre part elle peut avoir une valeur morale comme toute action humaine (*sacramentum justum et injustum*).

Cette interprétation cadre très bien avec ce que nous savons de la portée ordinaire des mots : *sacer*, *sacrum*, *sacratio*. Tous ces mots font allusion à une consécration aux dieux, comme l'atteste la définition d'Ælius Gallus, rapportée dans Festus (v° *sacer*) : *Sacer sacrum esse sive pecunia, sive quid aliud quod dis dedicatum atque consecratum sit*.

Le serment ne portait le nom de *sacramentum* que lorsqu'il contenait une *sacratio diis* de la personne et de la famille de celui qui le faisait, par exemple le serment militaire. Quand cette *sacratio* était absente, il y avait lieu à un simple *juramentum* (1).

Il est certain que dans la suite *sacramentum* a fini par désigner l'offrande elle-même. Nous sommes ici encore en présence d'une de ces dérivations de sens instinctives qui attribuent à l'effet le nom de la cause, et au tout le nom de la partie. C'est ce que prouvent les textes suivants de Varron et de Festus.

(1) Cette terminaison en *mentum* est inchoative, elle indique l'acte en train de se faire : *Sacrare*, consacrer ; *sacramentum*, action de consacrer ; *jurare*, jurer ; *juramentum*, action de jurer.

Varron: *Ea pecunia quæ in iudicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiabatur de aliis rebus uterque D æris ad pontem deponebat de aliis rebus item certo alio legitimo numero assim. Qui iudicio vicerat sacramentum suum a sacro auferebat, victi ad ærarium redibat.* (De l. l. V 180). Et Festus: *Sacramentum æs significat quod pænæ nomine penditur (V^o sacramentum).*

C'est dans ce sens dérivé de peine et d'offrande que nous emploierons quelquefois le mot *sacramentum*.

Le montant du dépôt était de 50 ou de 500 as, suivant que la valeur de l'objet en litige était inférieure ou supérieure à 1000 as ; cette bizarre disproportion entre les deux chiffres est une nouvelle preuve de la haute antiquité de la procédure *sacramento*, mais elle serait demeurée inexplicable sans cette phrase concise relevée dans Festus : *Facta æstimatio pecoralis est, boves centussis assibus, oves dus (V^o ovibus duabus).*

Donc cinquante as étaient le prix de cinq moutons et cinq cents as le prix de cinq bœufs ; il y a là un souvenir de l'époque où la monnaie n'était pas inventée ; les transactions s'opéraient à l'aide de têtes de bétail. Le *sacramentum* était alors de cinq bœufs, ou de cinq moutons suivant l'importance de l'affaire. On lui a substitué dans la suite un équivalent monétaire.

Où se faisait le dépôt ? Varron, dans un texte que nous avons déjà cité (1), rapporte que l'argent était déposé *ad pontem*. Ici encore on s'est trouvé pendant longtemps

(1) V. p. 35.

en présence d'un mystère : on a même invoqué une erreur de copiste, et proposé de remplacer *pontem* par *pontificem*, ce qui paraîtrait naturel ; le *sacramentum* étant une offrande religieuse ne se trouvait certes pas déplacé entre les mains des pontifes. Mais une nouvelle interprétation, que de récentes découvertes ont permis de mettre au jour, a pu conserver l'intégrité du texte, et en donnant au mot *pontem* son sens ordinaire, elle a confirmé la conclusion à laquelle on était arrivé en lisant *pontificem*. Voici comment : (1)

Il existe une île au milieu du Tibre ; aux temps primitifs de Rome, cette île était considérée comme sacrée et se trouvait reliée par un pont à chaque rive. Ce pont appelé par Varron *pons sublimis* était orné en son milieu d'une *sacella*, sorte de petit autel consacré à Jupiter *Jurarius* et à *Dius Fidius* qui sont, on le sait, les dieux du serment.

C'est au pied de cet autel que s'effectuait le dépôt du *sacramentum*. Nous avons ainsi l'explication de cette phrase : *Qui petebat apud pontem deponebat* (Varron, *loc. cit.*). Nous apercevons en même temps une raison d'admettre la dérivation étymologique que le même écrivain nous propose en faisant descendre du mot *pons* le mot *pontifex*.

Plus tard on fit tomber dans l'*ærarium*, ou trésor public, tous les dépôts résultant du *sacramentum* (Gaius, C. IV, p. 13). *Nam qui victus erat summam sacramenti*

(1) V. Muirhead (*op. cit.* appendice).

præstabat pænæ nomine eaque in publicum cedebat. Conf. Varron, loc. cit.: Victi ad ærarium redibat et Festus: Sacramenti autem nomine id æs dici cæptum est quod propter ærarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur in rebus divinis. V^o sacramentum.

Mais déjà à ce moment le dépôt n'avait plus lieu réellement ; on se contentait d'une simple promesse avec caution ; c'est ce que prouve la suite du texte précité de Gaius : *prædesque eo nomine Prætori dabantur.*

Nous savons maintenant quel était l'enjeu du pari, mais quel était au juste son objet ?

Il y avait deux affirmations contradictoires, pariait-on sur les deux à la fois ? C'est, il semble, la solution la plus naturelle et la plus conforme à l'économie de toute la procédure. Elle permet en effet de conserver jusqu'au bout à la cérémonie sa symétrique disposition. Après les deux affirmations sont venues les deux impositions de la *festuca* ; on s'attend maintenant à voir paraître deux paris, un pour chaque affirmation. Cette opinion a pourtant rencontré un contradicteur dans l'Allemand Bechmann (*op. cit.*, p. 28). Si l'on pariait sur chaque affirmation, dit-il, en un mot si la procédure était double, nous y rencontrerions les mêmes particularités que dans les interdits prohibitaires, qui sont doubles eux aussi ; or, dans l'*uti possidetis* par exemple, il y a lieu à quatre stipulations ; il devrait donc y avoir dans le *sacramentum* quatre paris ; or nous n'en voyons que deux : c'est qu'une seule affirmation est en jeu, celle du contravindicant,

comme le prouvent les paroles du vindicant : *Quando injuria vindicasti, ego sacramento te provoco* ; l'adversaire ne fait qu'accepter ce pari *similiter ego te*.

Nous ferons à ce système deux objections. D'abord si l'on eût élevé à quatre le nombre des paris, on serait arrivé à dépasser le taux du *sacramentum* puisqu'il y aurait eu deux enjeux de 50 ou de 500 as, un pour chaque couple de paris : c'est déjà une raison pour limiter leur nombre à deux, même dans l'hypothèse d'une procédure double. Mais ce qui est plus décisif c'est que dans l'interdit prohibitore le caractère double de la procédure ne tient nullement à l'existence des quatre *sponsiones*. Deux affirmations sont en jeu, à savoir celles-ci : *Si adversus edictum prætoris vim fecisti et ni adversus edictum prætoris vim feci*.

Dans quel ordre maintenant vont se faire les *sponsiones* ? Est-ce dans celui-ci :

A^s *Si adversus edictum prætoris vim fecisti,*

N^s *Ni vim feci,*

A^s *Ni adversus edictum prætoris vim feci,*

N^s *Si vim fecisti.*

Dans ce cas les deux premières *sponsiones* sont relatives à l'affirmation du défendeur et les deux dernières à celle du demandeur, par conséquent, il faut les entendre toutes les quatre pour s'apercevoir que les deux prétentions sont respectivement contestées et que l'interdit est double.

Mais d'après Gaius c'est un ordre entièrement inverse

qui présidait à l'échange des *sponsiones*. Gaius, C. IV, p. 166. *Postea alter alterum sponsione provocat. Quod adversus edictum prætoris possidenti sibi vis facta sit et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem.*

Les deux premières *sponsiones* sont donc celles-ci :

A^s *Si adversus edictum prætoris vim fecisti,*

N^s *Si adversus edictum prætoris vim fecisti, etc. etc.*

Elles entament ainsi parallèlement la discussion de chaque prétention et suffisent à elles deux pour rendre l'interdit double. Quant aux restipulations, elles ont exactement le même contenu que les deux *sponsiones* et n'introduisent dans la procédure aucun élément nouveau. Peut-être avaient-elles pour but d'éviter la limitation de la *sponsio* au *quantum ea res erit* et de permettre à celui qui triomphait d'obtenir en fait le double de ce chiffre ; c'est justement ce détour que nous jugeons impossible dans le *sacramentum*.

Ainsi deux paris suffisent pour mettre en jeu l'affirmation de chaque partie et nous n'hésitons plus maintenant à voir dans le *sacramentum* une procédure double (1) ; mais alors si les deux affirmations sont discutées *in jure*, il peut se faire que ni l'une ni l'autre ne soit reconnue fondée, par conséquent dans ce cas, le juge devrait déclarer *neutrius sacramentum justum esse* ; or une telle issue du débat n'a pas d'exemple dans les textes.

Il n'est pas nécessaire pour résoudre cette difficulté

(1) Sic Krueger sur Bechmann *leg. act. Sac. in rem*. Savigny-Zeitung, 1889.

de recourir au système des quatre paris, dans lequel, il est vrai, elle ne saurait se présenter (1). Il suffit de faire une simple supposition d'ailleurs bien naturelle, c'est que les prétentions des deux adversaires ne se discutassent pas concurremment ; on commençait par l'une d'elles, probablement par celle du contravindicant, dès lors, si celui-ci n'arrivait pas à prouver son droit il n'y avait aucun motif pour ne pas laisser à l'affirmation du vindicant toute sa vigueur et le prêteur prononçait à son profit l'*addictio*.

Nous avons ainsi terminé le commentaire des formules, mais la procédure *in jure* comprend en outre l'attribution des *vindicix*, la nomination du juge et la *litis contestatio*. L'étude de ces deux dernières parties étant intimement liée à celle de la procédure *in judicio*, nous l'aborderons dans notre chapitre II.

SECTION II

LES VINDICIÆ.

Qu'est-ce que les *vindicix*? Cette expression présente une communauté d'origine évidente avec les mots *vindex*, *vindicare*, *vindicatio*.

Vindicia a dû signifier à l'origine « manifestation de la force » dans un but quelconque. Dans notre matière il a désigné spécialement l'imposition de la lance sur l'objet, puis par une dérivation de sens absolument

(1) Sic Fietta, *Origine de la théorie classique des actions*.

normale *vindicia* est devenu synonyme d'objet revendiqué.

C'est alors que fut créé le mot *vindicatio* qui s'applique spécialement à l'action de revendiquer. Enfin dans le dernier état du droit, *vindicia*, ou plutôt *vindicix* a désigné la possession intérimaire de la chose litigieuse attribuée par le préteur à l'une des parties ; c'est ce sens que lui donne Gaius *postea prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat id est interim aliquem possessorem constituebat*. Quant à l'objet il fut appelé *lis* (1).

Voici maintenant dans les textes les traces de cette triple transformation.

La première signification du mot *vindicix* (acte de force, revendication) peut s'apercevoir dans ce passage de Cicéron : *Eum (scilicet Clodium) denique occidi cui jam nulla lex erat, nullum civile jus, nulli possessionem termini ; qui non calumnia litium non injustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos petebat* (2). Et surtout dans cette définition d'Aulu-Gelle : *Vindicia id est correptio manus in re atque in loco præsentis* (*Nuits attiques*, XX, 10, 8).

Quant à la deuxième signification, elle apparaît dans des textes nombreux cités dans le passage de Festus relatif aux *Vindicix* : *Vindicix appellantur res ex de qui-*

(1) C'est ainsi que s'est formée l'expression *prædes litis et vindiciarum*. En la rapprochant de la *fructuaria stipulatio* que l'on retrouve dans les interdits, une assimilation s'impose entre les *vindicix* et le *fructus*. *Lis* désigne donc bien l'objet lui-même : *Prædes litis et vindiciarum id est rei et fructuum*. Gaius, IV, p. 16.

(2) *Pro Milone*, 27, parag. 74.

bus controversia est, quod potius dicitur vis quam fit inter eos qui contendunt..... De quo verbo Cincius sic ait: Vindicæ etiam dicebantur glebæ illæ quæ ex fundo sumptæ in jus ad latæ erant. At Servius Sulpicius..... vindiciam esse ait eam rem de qua controversia est, etc. V° vindiciæ.

Enfin nous avons rapporté ci-dessus le passage de Gaius, d'où ressort la troisième et définitive signification de *vindicæ*. Il faut observer que *vindicia* au singulier, ne signifie jamais possession intérimaire ; c'est une remarque qu'avait déjà faite Cirelli Philoxéni (*Alior, vet. gloss.*). Elle nous permet d'apporter notre opinion dans cette controverse fameuse, qui s'est élevée et qui dure encore, sur un fragment de la douzième table également mutilé par le temps et les interprètes et que Festus nous a rapporté (*loc. sup. cit.*).

Si vindiciam falsam tulit, si velit is..... tor arbitros tres dato eorum arbitrio fructus duplione descidito. Ou suivant d'autres. *Si vindiciam falsam tulit [rei] sive litis* etc. (Voyez pour les différentes leçons: Buomanici, *archivio juridico*, v. 44, année 1890).

Nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un plaideur qui était en possession de la chose avant le litige, et qui sommé de l'apporter *in jus* en a substitué une autre à sa place (*vindicia falsa*). C'est pour le punir de sa fourberie, qu'on lui fera payer au double le chiffre représentant la jouissance qu'il a ainsi indûment conservée. Si *vindicia*, bien que étant au singulier, signifiait posses-

sion intérimaire, il faudrait supposer, pour donner un sens à la phrase, que cette possession a été accordée à celui qui a succombé *in judicio* ; mais alors on ne comprendrait pas qu'il soit rendu responsable de l'erreur du magistrat.

A qui sont attribuées les *vindiciæ* ?

Le principe est la liberté absolue pour le préteur de choisir entre les deux plaideurs sans qu'il intervienne ici aucune des considérations qui s'imposent dans la procédure des interdits possessoires et la décision du magistrat n'exerce aucune influence sur la preuve à faire.

Cette règle reçoit pourtant une exception qui peut se formuler ainsi : *vindicias secundum libertatem*. Toutes les fois qu'il s'agissait d'un procès de liberté, d'une *causa liberalis*, l'individu, objet du litige, demeurerait libre pendant l'instance ; il avait de cette façon la possession intérimaire. C'est pour avoir méconnu cette exception, qu'il avait lui-même introduite dans le droit des douze Tables, qu'Appius Claudius excita un scandale retentissant dans le procès de Virginie ; il avait, en effet, pendant l'instance, attribué la jeune fille à celui qui la revendiquait comme esclave.

Dans toute autre matière il est certain qu'en fait, c'est celui qui possédait avant l'instance, qui obtiendra le plus souvent les *vindiciæ*, pourvu que sa possession ne soit pas manifestement entachée d'un vice quelconque. Dans tous les cas, cette attribution des *vindiciæ*,

ne confère pas aux parties les rôles respectifs de demandeur et de défendeur *in judicio*, car une telle distinction ne se comprend pas dans la procédure du *sacramentum*, chacun devant prouver son droit. Le seul résultat de cette mise en possession, a été déjà mis en lumière précédemment. Il est probable que celui qui avait obtenu les *vindiciæ* n'était admis à faire la preuve de son droit qu'après son adversaire, par conséquent si la prétention de ce dernier paraissait de prime abord dénuée de fondement, il arrivait que par suite d'une *addictio*, le possesseur intérimaire devenait possesseur définitif sans qu'il ait eu à démontrer la légitimité de son affirmation (1).

La partie qui n'avait pas obtenu les *vindiciæ* devait pourtant avoir certaines garanties pour la restitution de la chose ou de ses fruits, au cas où le juge ne prononçait pas *secundum vindicias*. De là l'usage du *prædes litis et vindiciarum* ; le possesseur intérimaire fournissait à son adversaire des cautions. Gaius, IV, p. 16 : *Jubeat prædes adversario dare litis et vindiciarum*. S'il ne pouvait le faire, et que l'autre partie s'offrit à remplir cette obligation, le prêteur changeait à son profit l'action des *vindiciæ* ; l'impossibilité de fournir caution entraînait en somme l'impossibilité d'obtenir la possession intérimaire.

(1) V. Bechmann, p. 30.

CHAPITRE II

DE LA PROCÉDURE IN JUDICIO.

A l'origine, le magistrat n'était qu'un simple arbitre choisi par les parties, quand il ne leur convenait pas de régler leur différend par la force des armes. Il n'est devenu à proprement parler magistrat, c'est-à-dire juge imposé que du jour où les exigences de la conservation sociale eurent atteint un certain degré d'intensité. Mais par une coïncidence absolument explicable, il fut forcé à ce moment de déléguer partiellement ses pouvoirs, la multiplicité des affaires et l'étendue du territoire ne lui permettant pas de voir tout par lui-même. Or cet individu qui va le suppléer, celui qu'on appela le *judex*, conserva pendant longtemps le caractère d'arbitre, les parties pouvaient demander au magistrat un juge de leur choix et ce droit ne leur fut enlevé définitivement que par la substitution de la procédure extraordinaire à la procédure formulaire. Le *judex pedaneus* que l'on aperçoit au bas empire, n'est plus un arbitre mais un fonctionnaire.

C'est sous le régime des *legis actiones*, que le rôle du *judex* s'affirme avec le plus d'indépendance. A cette époque le magistrat n'avait pas encore inventé de lui

confier ses instructions dans une formule réglementant ainsi son initiative et quelquefois aussi les inspirations de sa conscience. Une fois dessaisi, la contestation lui devient absolument étrangère, les parties ne connaissent plus que le juge et l'exécution de la sentence est même réalisée par elles, au moyen de la *manus injectio*.

Cette séparation du *jus* et du *judicium* a dû être fort ancienne, mais la date de son apparition soulève un problème qui n'est pas résolu encore. Toutefois l'opinion qui en attribue la création à la loi *Pinaria* n'a plus aucune faveur aujourd'hui ; la nouvelle lecture de Stude-mond ayant définitivement rétabli dans le texte le mot *statim* au lieu du mot *nondum* (1).

Ce qui est certain c'est que l'institution d'un juge unique a fonctionné assurément avant la formation des deux tribunaux des Centumvirs et des Decemvirs ; l'unité du juge s'harmonise en effet bien mieux avec le caractère de la procédure primitive (2).

L'hypothèse qui paraîtrait en cette matière la plus vraisemblable, consiste à faire remonter à Servius Tullius, la distinction du *jus judicium*. Nous lisons en effet dans Denys d'Halycarnasse (IV, 25) que ce roi magistrat, comme tous les rois anciens, abandonna à des particuliers la connaissance des affaires privées.

Comment s'engageait la procédure *in judicio* ? Avant

(1) *Ante eam legem... m dabatur judex* (Gaius, C. IV, p. 15).

(2) Pour ce qui est du tribunal des centumvirs, il est certainement postérieur à la loi *Pinaria*, qui prévoit l'hypothèse d'un *Judex*.

la loi *Pinaria* le juge était nommé à la clôture de la procédure *in jure*. Après cette loi les parties furent obligées de revenir au bout de trente jours devant le magistrat, c'est seulement alors que se faisait le choix du juge et l'on prenait rendez-vous pour se présenter devant lui le surlendemain (1).

Ce qui se passait devant le juge n'offre rien de bien original, nous en avons déjà donné le motif : c'est que le *judicium* constitue une phase commune à toutes les procédures quelles qu'elles soient, aussi voyons-nous que la loi *Æbutiæ* n'a remplacé dans le *sacramentum* que la procédure *in jure*, la *legis actio* ; mais elle a conservé le *judicium* qui présente assurément les mêmes caractères sous le système nouveau que sous l'ancien (2).

Les parties commençaient par un exposé sommaire du débat ; c'est ce qu'on appelait la *causæ coniectio* (Gaius, C. IV, p. 15). Cette *causæ coniectio* devait avoir une importance considérable, car il existe un texte qui donne à cette expression le sens du mot *regula*. *Regula est quæ rem, quæ est breviter enarrat, non est regula jussumatur sed ex jure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur et ut ait Sabinus quasi causæ coniectio est* (L. 1 de div. reg. *Jurius antiqui* 50, 17). Ainsi la *causæ coniectio* sert en somme de guide au juge ; c'est elle qui résume la question de droit.

(1) C'est ce que l'on a appelé la *comperendinatio, dies comperendinus*.

(2) *Itaque per legem Æbutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ duæ legis actiones effectumque est ut per concepta verba, id est per formulas ligitemus* (Gaius, C. IV, p. 30).

Après la *causæ coniectio*, devaient prendre place probablement des explications plus détaillées, des plaidoyers, etc. Nous n'avons aucun indice qui puisse nous permettre de fonder une hypothèse ; on doit supposer que le juge et les parties jouissaient d'une liberté complète dans leurs interrogations et leurs réponses.

Une fois la lumière faite, intervenait la décision du juge. Cette décision n'est pas une condamnation. Quelle est en effet la question à résoudre ? Celle-ci : lequel des deux *sacramenta* est *justum*, indirectement le juge va prononcer sur le droit qui est l'origine de la contestation, mais en principe il n'a pas à condamner. C'est simplement par une interprétation naturelle de la volonté des parties, qui seraient obligées la plupart du temps de recommencer une nouvelle procédure pour liquider le droit ainsi adjugé, qu'il fait lui-même cette évaluation (1).

Mais pour étudier la condamnation dans les *legis actiones*, il faut dire auparavant quelques mots de la *litis contestatio*.

Et d'abord il est certain qu'il y a une *litis contestatio*. Les parties venaient devant le magistrat accompagnées de témoins et lorsqu'on en était arrivé au moment de clore la procédure *in jure*, elles leurs adressaient les paroles suivantes « *testes estote* » : c'est ce que nous dit Festus dans un texte où l'expression *uterque reus* qui sert à désigner les parties indique bien une reminiscence

(1) C'est du moins l'opinion que nous soutiendrons plus bas.

des *legis actiones* dans lesquelles chaque plaideur était à la fois *reus et actor* « *Contestari est quum uterque reus dicit : Testes estote* » (Festus, V° *Contestari*).

C'est là le fait matériel qui s'appelait *litis contestatio* et que l'on retrouve encore dans la procédure formulaire, où il annonce la fin de la procédure *in jure*. Mais sous le régime des actions de la loi, le terme de *litis contestatio* n'a pas encore cette signification technique qu'elle doit revêtir à l'époque classique ; il désigne simplement l'acte de prendre à témoins un certain nombre d'individus, pour bien établir que l'on a un procès avec telle personne et que l'instance est introduite. Sous la procédure formulaire, *litis contestatio* équivalait à contrat ou novation judiciaire. Le demandeur en se présentant devant le magistrat renonçait à son droit prétendu qui se trouvait remplacé par une condamnation éventuelle en argent. Comme cette sorte de novation s'accomplissait *in jure* et que la *litis contestatio* était le dernier acte de cette procédure, par le fait même qu'on disait « *lis contestata est* » on annonçait le changement effectué dans la nature du droit ; de là l'extension de signification donnée au mot *litis contestatio*.

Mais l'esprit des Romains ne s'est pas élevé du premier coup à la hauteur de cette analyse juridique et l'existence d'une telle conception au temps des *legis actiones*, me paraît absolument invraisemblable. A cette époque il y avait bien un contrat judiciaire, c'est celui que faisait les parties en acceptant de soumettre leurs

contestations à un arbitre, mais ce contrat n'avait aucune influence sur la nature du droit litigieux. Il est bien évident que les plaideurs en se rendant devant le magistrat voulaient faire quelque chose de sérieux et que la sentence du juge devait revêtir pour eux un autre caractère que celui d'un simple avis. Ils comptaient s'y soumettre quelle qu'elle fut, dans le but d'éviter la violence individuelle et la justice privée, mais ils ne voulaient rien faire de plus et il ne pouvait être question d'une transformation du droit. Celui qui revendiquait un esclave espérait obtenir cet esclave et non pas une somme d'argent ; de sorte que les condamnations portaient autant que possible sur la chose même ; c'est en effet ce que prouve le paragraphe 48 du C. IV de Gaius « *Si corpus aliquod petamus velute fundum etc.... Judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est sicut olim fieri solebat æstimata re pecuniam eum condemnat* » (1).

Seulement une condamnation en nature n'est pas toujours possible, on peut même dire que c'est l'except-

(1) Il faut reconnaître que le commentaire de Gaius ne suffirait pas à lui seul pour fonder la théorie des condamnations *ad ipsam rem*, sous les *legis actiones*, car, il est susceptible d'une autre lecture, qui lui donne une signification absolument contraire à celle que nous avons choisie. Il suffit, en effet, de déplacer une virgule et de rattacher le membre de phrase : « *Sicut olim fieri solebat* » à ce qui suit et non à ce qui précède, pour trouver dans ce texte, un argument contre notre opinion, mais les considérations auxquelles nous nous sommes livrés sur la simplicité des conceptions juridiques primitives sont de nature à infirmer cette interprétation. Puis il nous semble que cette incidente lancée en avant du second membre de phrase « *Sicut olim* » etc. heurterait la marche générale de l'exposition. C'est là, il est vrai une raison de tact, ou si l'on veut d'acoustique, que je ne voudrais pas élever à la hauteur d'un argument juridique.

(Voyez sur cette matière Montagnon, Lyon, 1883. Thèse de doctorat).

tion ; si le droit lui-même est indéterminé, si la chose revendiquée a péri, il faut procéder à une évaluation de l'objet du litige, et même dans l'hypothèse d'une condamnation *ad ipsam rem* lorsqu'elle était faite au profit de celui qui n'était pas possesseur intérimaire, il devait rentrer dans le devoir du juge d'apprécier en argent les *vindicæ*.

Cette évaluation constitue, je crois, ce que Valérius Probus appelle l'*arbitrium litis æstimandæ*, dont l'importance considérable apparaît surtout dans le *sacramentum in personam*, en matière d'obligations synallagmatiques.

Maintenant, est-ce bien le juge lui-même qui faisait cette estimation, ou n'y avait-il pas lieu à la nomination d'arbitres spéciaux ? Aucun texte ne nous permet de trancher la question (1). Entre ces deux mots *judex* et *arbiter* il ne devait pas à l'époque classique, y avoir une différence de signification appréciable, car nous voyons Cicéron (Pro Milone, 12) se moquer agréablement des jurisconsultes qui s'évertuent à chercher dans quels cas il faut dire *judex*, et dans quels cas *arbiter*. D'autre part Gaius si remarquable pour la propriété de l'expression

(1) On peut cependant émettre cette hypothèse absolument vraisemblable, qu'à l'époque des *legis actiones*, *judex* désignait le magistrat et *arbiter* la personne choisie pour procéder à l'*arbitrium litis æstimandæ*. Ceux qui admettent comme une règle générale, l'existence des condamnations pécuniaires sous ce régime procédural, doivent accueillir cette opinion avec faveur (V. Montagnon, *loc. cit.*). Mais ce qui ne peut être sérieusement discuté, c'est que la même personne fut chargée de constater le droit et de le liquider (V. note de la page 45), quel que soit le nom que l'on veuille bien lui donner.

a pu dire *judicis arbitrium*. Enfin la formule même de la *legis actio per judicis postulationem* vient confirmer la synonymie presque complète de ces deux mots *arbitrum judicemve postulo uterque*. Tout ce que l'on peut conclure c'est que l'on appelait le juge *arbiter* toutes les fois qu'il avait à faire une évaluation et à tenir compte des obligations réciproques des parties. C'est ainsi que sous la procédure formulaire *judex* désigne le juge dans les actions de droit strict (Cicéron *pro Roscio*, com. 4) et le mot *arbiter* est au contraire employé dans les actions de bonne foi (Cicéron *pro Roscio*, am. 39).

Nous avons ainsi terminé l'étude du *judicium*, et avec elle l'analyse du *sacramentum* ; nous avons maintenant une vue d'ensemble sur toute la procédure, si toutefois l'on peut constituer un ensemble avec deux assemblages aussi disparates que le *jus* et le *judicium*, et fondre, comme disait Cicéron le *directum* et l'*asper* avec le *mite* et le *moderatum*.

La procédure *sacramento* n'a pas disparu tout d'un coup avec la vulgarisation des formules *natura non facit saltus*. Ce principe si fécond dans les sciences naturelles est également d'une merveilleuse conformité avec le génie romain, avec cet esprit conservateur par excellence.

A Rome, quand le législateur fait une innovation, il ne procède jamais par voie d'abrogation mais de juxtaposition ; il place l'institution nouvelle à côté de l'ancienne, devinant par une sorte d'intuition que la coexistence de deux formes juridiques inégalement parfaites

a pour résultat l'absorption de la forme inférieure par la forme supérieure. Il y a là en même temps, comme un étonnant respect de la liberté des citoyens; chacun pouvant continuer à suivre la voie qui lui plaît, jamais une innovation n'apporte avec elle de regret.

C'est ainsi que même après la loi *Æbutia* et les deux lois *Julia* nous pouvons voir le *sacramentum* subsister concurremment avec la procédure formulaire, perdant peu à peu son ancienne utilité, pour revêtir le caractère de procédure gracieuse. C'est le cérémonial du *sacramentum* que l'on a conservé dans l'adoption, l'émancipation, la *manumissio vindicta*, etc... partout en un mot où l'on éprouvait le besoin d'entourer de solennités une phase importante de la vie d'un homme.

Comme mécanisme procédural, la supériorité des formules s'affirma de jour en jour, et l'adoption toute spontanée de ce système, montra au législateur qu'il avait bien fait d'innover.

DEUXIÈME PARTIE

SYNTHÈSE

Quand un peintre a fini son tableau il se recule pour en saisir l'harmonie et l'unité ; de même, et sans aucune prétention esthétique, il faut l'avouer, nous allons déplacer notre perspective et étudier de moins près, pour ainsi dire, l'*actio in rem sacramento*. Nous y verrons ainsi se dégager tout ce qui rappelle l'ancien état de choses auquel elle s'est substituée et sur lequel elle a constitué un progrès.

« Il y a dans le *sacramentum* trois phases distinctes : l'appel aux armes ou à la justice privée, l'appel aux dieux et au pouvoir spirituel, l'appel au magistrat et à sa mission judiciaire » (Muirhead, *Introd. à l'étude du droit privé de Rome*).

Il y a un appel aux armes, un symbole ; mais ce symbole n'est pas le souvenir d'une lutte véritable qui se serait accomplie *in jure* devant le magistrat ; en un mot, il n'y a jamais eu à Rome de duel judiciaire. La *manuum consortio* n'est que le signe de ce qui se serait passé si l'autorité n'avait pas été présente, elle rappelle la justice

privée où la force était la manifestation du droit : c'est si l'on veut une formalité instinctive, mais née avec ce caractère, ce n'est pas la transformation d'une ancienne violence légale.

Cette conception a été méconnue par Asverus (1) qui a identifié l'action *sacramento* à une lutte corporelle. De sa part cette erreur est facile à comprendre, préoccupé de trouver des points de ressemblance entre les institutions germaniques et celles de l'ancienne Rome, il a transporté dans les unes ce qu'il voyait dans les autres ; c'est ainsi qu'il a assimilé la *manuum consortio* au duel judiciaire des Germains, sans se douter du caractère purement plastique de la procédure romaine. Sans doute, dans une civilisation où le pouvoir social et judiciaire n'est pas assez confiant dans sa force pour assurer l'exécution de ses sentences, on comprend qu'il se contente de réglementer la violence qu'il était pourtant appelé à supprimer. Mais à Rome, l'autorité s'est de bonne heure puissamment et rapidement constituée grâce aux influences religieuses ; la justice privée fut remplacée par une procédure pacifique, sans qu'on ait vu apparaître le duel judiciaire comme transition entre ces deux phases.

D'ailleurs la *manuum consortio* ne présente pas ces allures d'une véritable lutte, les deux parties ne se portent pas directement des coups mais cherchent à s'arracher l'objet litigieux : c'est ce que prouvent ces mots du préteur *Mittite ambo hominem*. Une violence réelle

(1) Asverus, *Ueber die legis actio sacramenti*, Leipsick, 1837.

n'aurait pu se produire dans de telles conditions sans faire courir les plus grands risques à la chose qui formait l'objet de la contestation.

Etant donné que le *sacramentum*, sans être une manifestation de la violence, en est cependant le symbole, nous pouvons attribuer à cette procédure trois effets généraux.

C'est d'abord qu'une seule partie doit triompher et triompher pour le tout, car on ne comprend guère une lutte où le vainqueur ne l'est qu'à moitié. Quelle que soit l'exagération de sa prétention, du moment que son adversaire succombe, il la verra consacrer par le juge. C'est un phénomène que nous retrouvons sous la procédure formulaire dans les désastreux résultats de la *plus petitio*.

Le deuxième effet, c'est l'extinction du droit déduit en justice. *Alia causa fuit olim legis actionum nam quæ de re semel actum erat, de ea postea ipso jure agi non poterat* (Gaius, C. IV, par. 108).

En effet, à l'époque de la justice privée, celui qui avait une fois engagé le combat et qui avait été battu, n'avait ni l'envie ni la possibilité de recommencer; ayant mesuré une première fois ses forces et les ayant trouvées inférieures à celles de son adversaire, il jugeait lui-même inutile de renouveler l'expérience et d'ailleurs il ne rencontrait personne pour le soutenir dans une lutte inégale.

Le troisième effet se résume dans l'impossibilité de la représentation judiciaire. Quand on se bat c'est ordi-

nairement pour son compte. De là la règle *nemo alieno nomine lege agere potest*.

Le second caractère du *sacramentum* consiste dans un appel à la divinité. Les considérations placées en tête de cette étude peuvent faire entrevoir l'importance énorme du pouvoir religieux dans l'organisation de la justice sociale, et il est certain que dans toute procédure primitive nous retrouverons l'élément religieux, mais on aurait tort cependant de ne pas y voir autre chose et de méconnaître toutes les autres influences qui ont pu contribuer à la formation de la conscience juridique des différents peuples. C'est dans cette exagération que Huschke est tombé ; il a lancé dans son livre *Die multa und das sacramentum*, une théorie pleine d'une vertigineuse fantaisie dont voici la substance. Pour le Romain tout droit vient de Dieu représenté sur la terre par l'autorité sociale, aussi la violation du droit est-elle un sacrilège, une offense envers Dieu, qui seul a le pouvoir de la venger. C'est pour cela qu'en cas de contestation entre deux individus, les deux parties s'obligent par un serment à offrir à Dieu en cas d'insuccès une expiation de leur faute, afin que la majesté divine obtienne sûrement satisfaction pour toute violation du droit.

Cette expiation consiste dans le sacrifice d'une tête de bétail, ou d'une somme d'argent. Plus généralement toutes les fois que les actes d'un citoyen sont de nature à mettre en jeu l'existence de l'État, c'est-à-dire la personne même de Dieu, il doit faire une consécration de

lui-même à la divinité. On assimile ainsi le serment militaire au serment civil : en cas de guerre, quand la sécurité de l'État est en danger, le soldat fait une *sacratio* de son obéissance au chef militaire ; en temps de paix, quand les contestations entre citoyens menacent de troubler l'ordre public, chaque partie en accomplissant une *sacratio* affirme sa prétention et permet ainsi à l'autorité de venir trancher un débat, où la divinité est doublement intéressée.

Il est inutile de faire ressortir toute l'invraisemblance de cet ascétisme juridique. La théorie de Huschke peut d'ailleurs conduire à de grandes inconséquences ; par exemple, dans l'hypothèse où les deux plaignants ont tort, et où cependant un seul des deux *sacramenta* est déclaré *injustum* : dans ce cas, il est évident que la divinité offensée des deux côtés ne reçoit pourtant qu'une seule expiation.

Il faut toutefois accorder que le *sacramentum* est parmi toutes les procédures primitives connues, une de celles où l'esprit religieux s'est empreint avec le plus d'intensité. Cicéron (*de Orat.* 14, 3) et Valérius Probus (*De Not. Antiq.* p. 1 et 4) nous présentent les *legis actiones* comme l'œuvre des pontifes *monumenta pontificum*, ce qui ne peut nous surprendre, les prêtres ayant été à Rome comme partout ailleurs les premiers juges : *omnium autem harum (Legitimarum actionum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant ex quibus constituebatur quis quoque anno præesset privatis et fere*

populus annis prope centum hac consuetudine usus est (Pomponius, l. 2, p. 6, *De orig. juris*, I, 2). Enfin cette *sacratio*, ou consécration de l'offrande, est elle-même un acte purement religieux, dans lequel la divinité est prise à témoin et intéressée à montrer d'une façon quelconque de quel côté est le bon droit.

Cette *sacratio* contient en même temps un pari, c'est-à-dire un appel à la justice d'un tiers arbitre ou magistrat. Nous arrivons ainsi au troisième caractère du *sacramentum*. Le pari fut le détour instinctif imaginé pour éviter la violence privée (1). C'était le moyen de susciter un arbitrage, puisque les parties ne pouvaient déterminer à elles seules laquelle des deux avait gagné. Cette détermination n'aurait fait que déplacer le terrain de la lutte et l'on aurait ainsi tourné dans un cercle vicieux. Quand l'autorité sociale fut devenue assez forte pour imposer cet arbitrage et que l'appel à la justice privée fut définitivement organisé, le pari continua de subsister comme acte introductif d'instance : c'est sous cette forme que le droit classique l'a connue.

(1) L'histoire du pari est bien curieuse à faire, assure M. de Clareuil (*Nouvelle revue historique de droit*, 1889). C'est aussi mon avis, mais on commettrait une erreur profonde, en assimilant le pari dans l'antiquité, à l'institution qui porte aujourd'hui le même nom, et qui ne constitue plus qu'un contrat aléatoire assez dangereux, au point de vue moral et social. Le pari primitif est une sorte de stipulation pénale spontanée et présentant un air de famille avec la constitution de gage ou l'abandon d'otages. L'homme éprouve le besoin de chercher en dehors de lui-même le moyen d'affirmer la vérité de ses paroles ou la fidélité à ses promesses, et pour cela il jure ou il parie, s'exposant ainsi, soit au ressentiment de la divinité, soit à un sacrifice pécuniaire. De nos jours, le développement de notre culture morale a rendu plus rare l'emploi de ces procédés, le sentiment de l'honneur y supplée d'une façon satisfaisante, du moins dans les circonstances ordinaires de la vie.

Les deux premiers caractères du *sacramentum* s'effacèrent ainsi peu à peu et avec eux disparurent les deux traits les plus originaux de cette institution primitive, le symbolisme et le formalisme.

Le symbolisme intervenant ici sous l'image de la violence et que l'on retrouve dans toutes les traditions antiques comme la reproduction instinctive d'une réalité jadis nécessaire.

Le formalisme instinctif lui aussi comme toute invocation d'un pouvoir surhumain et communiquant aux cérémonies judiciaires l'empreinte sacrée. A cette heure où l'homme ne commandait à l'homme que par la force, il était nécessaire aux premiers juges d'entourer leurs décisions du respect dû aux choses divines. La forme n'était point alors destinée à enchaîner leur arbitraire, elle constituait leur sauvegarde en attendant qu'elle devint celle des plaideurs et qu'elle méritât d'être appelée « la sœur jumelle de la liberté ».

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR LE

POUVOIR ET LES ACTES D'ADMINISTRATION

INTRODUCTION

Il est des controverses d'où naît la lumière, il en est d'autres, qui, loin de dissiper les incertitudes, les augmentent peut-être. Les premières sont fécondes et passionnantes ; les autres présentent rarement un intérêt dialectique qui suffise à faire oublier leur stérilité.

Ces différences s'expliquent facilement par les trois considérations suivantes :

Dans la science du droit positif, il y a trois sources de discussion : on peut se diviser sur l'interprétation des textes, par suite d'un défaut de clarté ou de concordance. Il peut également se faire qu'une disposition légale confine immédiatement à des questions d'ordre moral ou économique : dans ce cas, l'étendue de son

application et sa légitimité même donnent lieu presque toujours à un échange d'opinions contradictoires ; ces matières étant de celles où l'homme ne discute pas seulement avec sa raison, mais avec son tempérament.

Enfin le désaccord peut se produire sur une application de principes purement rationnels ; c'est dans cette circonstance que la controverse devient fatigante et menace de s'éterniser sans profit, car elle est issue d'un malentendu. L'obscurité naît ici du défaut d'analyse ; elle ne se dissipera que lorsque cette lacune sera comblée. Toute science en effet a subi son évolution ; elle est le résultat d'une communion de travail qui a quelquefois duré plusieurs siècles, et partout où les investigations ont manqué de patience et de lumière, le contour de son horizon est demeuré incertain et comme tremblant. Il est donc nécessaire quand une discussion s'engage sur l'application d'un principe de s'assurer si ce principe existe et s'il peut nettement se formuler, en un mot si l'on a derrière soi une bonne définition. C'est là une précaution banale que l'on néglige assez souvent.

Cette étude a pour but de rechercher si ce n'est pas à un oubli de cette sorte, que doit être attribuée l'impossibilité, encore existante, de déterminer la nature des actes d'administration et l'étendue des pouvoirs conférés aux administrateurs. Cette tâche est assez ardue car un tel examen est soumis à bien des chances d'erreur.

Mais si la confusion s'est introduite en cette matière, il faut avouer qu'elle pouvait naître, et que le législateur lui-même lui a préparé dans son œuvre le terrain le plus propice, en conférant le pouvoir d'administration aux individualités juridiques les plus différentes, sans en esquisser nulle part la définition,

Le même sujet peut en effet revêtir plusieurs personnalités, en dehors du pouvoir d'administration il en a souvent d'autres plus étendus, ces pouvoirs se combinent et se superposent, mais s'ils ont tous le même centre ils n'ont pas la même circonférence. De là une complexité dangereuse, il est certains actes que l'on peut faire en vertu de titres bien différents, et quand ces titres se trouvent réunis sur la tête d'un seul agent, il est malaisé de déterminer lequel d'entre eux doit prévaloir. Cet embarras naît à chaque instant dans la vie juridique ; s'il existe en effet des administrateurs purs et simples de la chose d'autrui, il y en a, et de bien plus nombreux, qui joignent à cette qualité celle d'usufruitier ou même de propriétaire.

Cependant l'héritier bénéficiaire, par exemple, est qualifié administrateur comme le curateur à une succession vacante ; le tuteur, le mari, la femme séparée de biens, l'envoyé en possession provisoire, le mineur émancipé sont également et indistinctement autorisés à faire des actes d'administration. Faut-il leur accorder

une capacité uniforme quant à ces actes ? Le même mot désigne-t-il partout la même chose ? Les interprètes du Code civil ne semblent point répondre affirmativement, car depuis bien longtemps leur ingéniosité s'exerce à résoudre chaque hypothèse d'une façon différente, permettant à l'un ce qu'ils refusent à l'autre, et déplaçant ainsi sans cesse cette limite capricieuse et nomade dont on aurait tant d'intérêt à assurer la fixité.

Il y a plus, et comme si la loi elle-même avait pris plaisir à multiplier les obstacles, elle entoure quelquefois le mot « administration » d'épithètes vraiment mystérieuses et destinées à provoquer les interprétations les plus devinatoires : c'est ainsi que nous rencontrons dans le Code les expressions suivantes : *administration provisoire* (art. 779), *pure administration* (481-484), *libre administration* (1449), *entière administration* (1536). Voilà certes une classification bien propre à orienter les esprits en leur énumérant les parties d'un tout qu'on ne leur a pas fait connaître. Ce sont des cadres vides où l'on ne sait quoi mettre, des nuances étalées dans l'obscurité.

Une autre difficulté est issue d'un défaut de précision dans le langage courant, qui doit être il est vrai, autant que possible, celui du droit, mais non pas au point de lui communiquer ses incorrections. Dans la conversation, les mots administration et administrateurs reçoivent

vent les interprétations les plus variées et les plus larges : nous disons qu'un commerçant administre bien ses affaires, quand il réalise des bénéfices et que ses spéculations sont heureuses ; nous disons encore qu'un propriétaire rural est bon administrateur, quand il transforme en temps opportun la culture de ses terres, et qu'il en facilite l'exploitation par l'achat d'un droit de passage ou de terrains environnants. Il nous est cependant impossible de faire rentrer ces achats et ces spéculations dans la catégorie des actes d'administration. Aucun commentateur, même des plus conciliants, n'a jamais conféré à ce mot une signification aussi extensive. Comment donc expliquer cette aberration de langage ? Il ne faut y voir à notre avis qu'une conséquence de cette complexité que nous avons signalée précédemment dans la personne des administrateurs : Le plus souvent le droit d'administration n'est qu'un accessoire du droit de propriété, il n'est donc pas étonnant que l'on ait confondu l'exercice de ces deux droits, et que cette confusion n'ait été absolue, puisque les jurisconsultes eux-mêmes, qui en connaissaient la cause, ne l'ont pu éviter qu'en partie.

Nous ne nous sommes donc pas trompés, en affirmant que le terrain était dangereux, et que les recherches n'y étaient point faciles. Cependant le critérium existe peut-être, et s'il est présomptueux de vouloir le dégager il est néanmoins utile de l'essayer.

ANALYSE DE LA NOTION D'ADMINISTRATION

L'analyse prépare l'induction.

Il semble donc qu'elle ne devrait point trouver sa place dans le droit positif, où tous les principes sont formulés implicitement ou explicitement dans les textes de loi. Le jurisconsulte peut évidemment les critiquer, mais s'il se renferme dans son rôle d'interprète il n'a qu'à s'incliner et à déduire.

Les circonstances nous imposant une autre ligne de conduite nous n'avons pas de principes puisque nous en cherchons, et comme nous ne pouvons point bâtir en l'air il nous faut des fondements. Ainsi se justifie l'emploi de la méthode inductive.

Mais ici se présente une objection. C'est que l'autorité législative peut seule introduire dans notre droit une disposition ou un principe nouveau. La réponse est bien simple : le champ de notre analyse va se trouver restreint, elle aura uniquement pour but de reconnaître si ce principe n'existe pas dans notre Code à l'état latent. Nous avons en effet des textes touchant la matière, il est vrai qu'ils sont obscurs et nous l'avons déjà dit, mais cette obscurité ne fait peut-être que voiler leur

concordance et rendre leur interprétation plus délicate. Il y a d'ailleurs un moyen bien facile de vérifier la légitimité des hypothèses ainsi construites, c'est de les rapprocher des déductions tirées des principes généraux du droit pour juger s'il y a contradiction ou conformité. En voyant ce que le pouvoir d'administration n'est pas, nous arriverons à savoir ce qu'il est : tout est réglementé, tout est limité dans notre Code civil, et, de même que l'on apprécie l'étendue d'un terrain par ses abornements, de même nous jugerons de l'étendue et de la portée du principe que nous cherchons par la connaissance de ceux qui lui confinent et le circonscrivent.

Une étude successive des pouvoirs conférés aux différents administrateurs présenterait deux graves inconvénients. D'abord, si courte qu'elle puisse être, elle serait fastidieuse, ensuite elle serait stérile car elle manquerait d'unité, or c'est l'unité, la vue d'ensemble que nous devons rechercher car c'est elle qui favorise la généralisation, et l'éclosion des principes. Pour y parvenir nous allons greffer l'examen des textes sur une classification tripartite, embrassant tous les actes juridiques possibles et dont voici les termes :

1° Actes qui diminuent le patrimoine soumis à l'administration ;

2° Actes qui le conservent ;

3° Actes qui l'augmentent.

Nous allons analyser rapidement le contenu de chacune de ces trois catégories.

1° Dans la première il faut ranger l'exercice des actions et les actes de disposition ou pour employer l'expression de l'article 1988 les « actes de propriété ». Cette distinction facilitera nos recherches en les éclairant, mais elle n'en est pas une en réalité. Si l'on considère en effet que tout patrimoine est un ensemble de droits actuels et de droits éventuels et que parmi ces derniers on doit compter les droits litigieux, on est bien forcé d'assimiler l'exercice des actions aux actes de disposition, par la raison fort simple et fort banale, que celui qui intente un procès est exposé à le perdre. Le même raisonnement s'impose pour le compromis et la transaction (1).

Quant aux actes de disposition proprement dits, il est facile d'en faire une énumération très approximativement limitative : ce sont l'aliénation, dans son sens le plus étendu, l'hypothèque, la constitution de servitude, d'usufruit, d'usage, d'habitation, d'antichrèse et de gage.

2° et 3°. Dans son acception la plus large l'expression « actes conservatoires » désigne tous les actes qui s'opposent au dépérissement d'une chose individuelle ou d'une universalité, mais ici nous n'aurons à nous occuper que du second terme de cette alternative. Et en effet le pouvoir d'administration ne se conçoit qu'en présence d'un patrimoine d'une universalité : on n'administre pas une chose individuelle ; la preuve en est qu'on ne saurait

(1) Nous étudierons même la transaction avec les actes de disposition.

traduire une telle hypothèse sans se heurter à nos habitudes de langage ; et ici nous pouvons nous fier à ce critérium, car nous savons que le grand défaut du langage usuel est justement d'étendre outre mesure la signification des mots ; si donc nous devons nous interdire d'en accepter toutes les licences, à plus forte raison faut-il se garder de franchir les limites que son intempérance elle-même n'a point dépassées. Or jamais on n'a dit : administrer un champ, une grange, une créance etc., tandis que l'on dit très bien administrer une ferme, une succession. Mais passons du mot à la chose et faisons choix d'une espèce nous y verrons la raison d'être de cette distinction. Énonçons d'abord les deux prémisses suivantes :

A. Il est un principe que nous développerons au courant de cette étude, mais qui se présente à l'esprit avec un tel caractère d'évidence, que nous jugeons inutile d'en proposer l'acceptation sous bénéfice d'inventaire : c'est celui-ci, que tous les actes d'administration tendent au bien de la chose administrée.

B. Il est d'autre part reconnu par tout le monde que le bail constitue un acte d'administration.

Ceci posé prenons l'exemple d'une maison d'habitation et imaginons un pouvoir d'administration greffé pour ainsi dire sur cette maison. Si nous supposons maintenant qu'on la donne à loyer, je me demande quel bien elle va en retirer. Qu'on l'entretienne, qu'on l'aère, qu'on la visite, qu'on la protège contre l'humidité, rien

de mieux, mais ce sont là des choses que l'on peut faire sans avoir besoin de recourir à un intermédiaire et sans introduire dans cette maison aucun habitant. Il y a plus, la présence d'un locataire sera plutôt une cause de dépérissement pour l'immeuble. Je n'en veux pour preuve que l'existence même dans notre vocabulaire juridique de cette expression « réparations locatives » et la définition que nous en donnent les Travaux préparatoires paraphrasant un passage de Pothier (1). « Les réparations locatives sont censées occasionnées par l'usage même de la chose, par le défaut de soin de la part du locataire ou des personnes dont il est responsable (2). »

Choisissons un autre exemple. Soit un bois taillis mis en coupes réglées. On s'accorde à reconnaître que le fait de procéder à ces coupes est un acte de bonne administration, et cependant si on ne les faisait pas le bois n'augmenterait-il pas de valeur? Ne serait-ce pas un bien pour lui? Voilà donc encore un acte d'administration qui tourne au détriment de la chose administrée.

Et nous pourrions multiplier ces démonstrations pratiques.

Que conclure? sinon que le langage usuel a raison et que le pouvoir d'administration doit être établi sur une universalité, sur un ensemble dont il a pour but de maintenir l'intégrité. Il pourra même arriver qu'une aliénation partielle soit un acte d'administration, si ce

(1) *Du louage*, n° 107.

(2) Fenet, XIV, p. 133.

sacrifice est nécessaire à la conservation de la masse, c'est ce que nous ferons apparaître quand nous aborderons l'étude du principe suivant que l'on peut dès à présent considérer comme certain : *en règle générale, tous les actes conservatoires sont des actes d'administration.*

La véritable difficulté, que présente cette conception du pouvoir d'administration, provient de la multiplicité des aspects sous lesquels on peut envisager la masse, l'ensemble dont nous parlons. C'est là incontestablement une question fort délicate que nous allons essayer d'éclaircir.

Il faut un ensemble, c'est-à-dire un tout composé de plusieurs parties, ayant entre elles une certaine relation, de telle façon que tout changement, dans l'une de ces parties, soit jugé et apprécié d'après les conséquences qu'il a eues sur l'ensemble. C'est ce que l'on pourrait appeler le double point de vue. Or toutes les fois qu'il sera possible d'établir ce double point de vue, nous nous trouverons sur un terrain où pourra fonctionner le pouvoir d'administration. En somme c'est là une question de perspective, par conséquent une question de subjectivité. Certaines choses, bien que paraissant douées d'une individualité irréductible, pourront être néanmoins, par suite d'une abstraction, considérées comme formant une masse, une universalité. C'est ainsi qu'une ferme, pour rappeler l'exemple donné plus haut, envisagée comme assemblage matériel d'un certain nombre de terrains de culture, présente assurément une indivi-

dualité aussi matérielle que celle des champs qui la composent et avec lesquels elle se confond ; mais si l'on y voit l'ensemble de plusieurs exploitations agricoles susceptibles de se prêter un mutuel concours et dépendant les unes des autres, on établit ainsi un faisceau de relations qui transforme la ferme en une entité, une universalité susceptible d'administration.

Si l'on voulait pousser le raisonnement jusqu'au paradoxe, on pourrait construire l'hypothèse suivante :

Etant donné une créance A on peut la considérer comme une masse de petites créances b, c, d, formant par leur ensemble la créance principale et possédant entre elles une certaine solidarité par suite de leur composition commune. Voilà donc la créance A devenue universalité, par suite susceptible d'administration. Il pourra donc se faire qu'une des petites créances b, c ou d soit sacrifiée pour le salut de la masse, et cela arrivera en cas de concordat, par exemple, si c'est une créance contre un commerçant ; le fait de voter au concordat et de faire remise d'une partie de la créance principale sera un acte de bonne administration.

On peut maintenant comprendre dans quel sens les actes d'administration sont des actes conservatoires. C'est ainsi que la vente des fruits et récoltes est un acte d'administration conservatoire comme nécessaire à la conservation de la masse, car l'argent qui en provient doit être en partie employé à son entretien : cela est d'autant plus vrai ici, que le seul acte d'admi-

nistration qui s'impose à l'égard des fruits, c'est de les vendre ou de les consommer, parce que ce sont des choses qui dépérissent rapidement. Le même raisonnement peut s'appliquer du moins dans sa première partie aux baux à loyer et à ferme. En un mot la perception et la vente des fruits sont des actes d'administration dans la mesure où elles sont destinées à assurer la conservation du patrimoine qui les produit. Cela veut-il dire que passée cette mesure elles changent de caractère? Non assurément, mais elles rentrent alors dans notre troisième catégorie d'actes juridiques, ceux qui augmentent la chose soumise, elles rentrent au pouvoir d'administration. Ces actes sont d'une conception simple, nous n'avons à examiner à leur sujet aucune question préjudicielle, contrairement à ce que nous venons de faire pour les actes conservatoires; il n'est donc pas nécessaire d'insister sur ce troisième terme de notre classification.

Voici alors la question qui résume toute notre étude. Elle en comprend d'ailleurs plusieurs.

Quelle est la capacité de l'administrateur à l'égard de chacune des catégories d'actes que nous venons d'énumérer?

Cela revient à demander, en premier lieu, quels sont les actes que l'administrateur peut faire parmi ceux qui diminuent la chose soumise à son pouvoir. Ou en d'autres termes dans quelle mesure il peut procéder aux actes de disposition et à l'exercice des actions.

CHAPITRE PREMIER

SECTION I

ACTES DE DISPOSITION.

L'administrateur est-il capable de faire des actes de disposition ? Cette question paraît se résoudre *à priori* par le dilemme suivant :

Ou bien l'administrateur n'est pas propriétaire et alors on ne voit pas de quel droit il pourrait faire des actes de propriété. Serait-ce en vertu de son mandat conventionnel ou légal ? Cette supposition se trouve contredite par l'article 1988 qui exige pour tout acte de propriété un mandat *exprès* qui n'existe pas ici.

Ou bien l'administrateur est un propriétaire dont les pouvoirs ont été restreints par la loi dans son intérêt propre, et pour le protéger contre lui-même, ou encore dans le but de sauvegarder certains droits appartenant à des tiers : dans ce cas on doit penser que cette loi ne lui a pas laissé le plus dangereux de ces pouvoirs, à savoir le droit de disposer de la chose et d'en amoindrir la valeur.

Ces deux alternatives étant seules possibles, nous

avons tout lieu de présumer que les actes de propriété seront interdits aux administrateurs.

Examinons maintenant les textes.

Au titre de l'Absence le rapprochement des articles 125 (1) et 128 (2) nous amène à conclure que l'aliénation immobilière et l'hypothèque sont interdits à l'envoyé en possession provisoire qui est un administrateur.

Plus loin au chapitre de l'émancipation l'article 484 range les aliénations immobilières, par vente ou autrement, au nombre des actes qui dépassent le pouvoir d'administration : ici le principe est présenté sous une forme générale (3).

Au titre du contrat de mariage nous avons trois textes également décisifs :

L'article 1428 pose une règle et en tire trois conséquences ; voici la règle : « le mari a l'administration des biens de sa femme » ; voici l'une des conséquences « il ne peut aliéner seul les immeubles ».

L'article 1449 présente une disposition symétrique, « la femme a l'administration de ses biens », conclusion « elle ne peut aliéner seule ses immeubles ».

Enfin l'article 1576 (4) impose la même restriction

(1) ART. 125. — La possession provisoire ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent.

(2) ART. 128. — Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire ne pourront aliéner ni hypothéquer les biens de l'absent.

(3) ART. 484. — Le mineur ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration.

(4) ART. 1576. — La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux mais elle ne peut les aliéner ni paraître en jugement à raison desdits biens sans l'autorisation du mari ou à son refus sans la permission de justice.

aux droits de la femme dotale qui administre ses paraphernaux.

Faut-il citer maintenant l'article 1988 (1) qui oppose le mandat général au mandat exprès, le second seul pouvant autoriser un acte de propriété tandis que le premier ne dépasse pas la limite des actes d'administration.

Si ces textes existaient seuls on pourrait affirmer :

1° Que toute aliénation immobilière, et par là il faut entendre toute constitution d'un droit réel sur un immeuble (propriété, hypothèque, servitude), est au-dessus du pouvoir d'administration.

2° On appliquerait la même conclusion aux aliénations mobilières : la généralité des termes de l'article 1988 autorise en effet une telle interprétation.

La première de ces deux règles n'est guère contestée ; la deuxième l'est au plus haut point, étudions-les successivement.

Mais ici deux remarques s'imposent.

Et d'abord nous n'entendons parler que des actes que l'administrateur peut faire *seul* ; dès que l'on fait intervenir l'autorisation de la justice ou d'un conseil de famille la question change de nature, nous ne sommes plus dans le domaine des actes d'administration, puisque cette assistance extraordinaire a été organisée pour per-

(1) ART. 1988. — Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer ou de quelque autre acte de propriété le mandat doit être exprès.

mettre à l'administrateur d'en dépasser les limites. C'est ainsi que dans l'article 457 nous voyons le tuteur autorisé par le conseil de famille avec l'homologation de justice procéder à l'accomplissement de deux actes spécialement désignés par l'article 484 comme outrepassant les pouvoirs d'un administrateur, à savoir l'aliénation immobilière et l'hypothèque.

Nous n'avons pas à examiner si, au point de vue juridique, ce rôle très utile des tribunaux et des conseils de famille trouve une justification quelconque et à quelle source se puise ce complément de capacité qui transporte au tuteur les pouvoirs d'un propriétaire (1) ; qu'il nous suffise de poser en principe, que là où l'administrateur n'agit plus seul, il n'agit pas comme administrateur.

La deuxième remarque est spéciale à l'administrateur de la chose d'autrui, il peut se faire que les actes accomplis en dehors de ses pouvoirs soient néanmoins déclarés valables, mais alors ce ne sont pas des actes d'administration mais de gestion d'affaires qui exigent une ratification du propriétaire. La gestion d'affaires pouvant être l'œuvre d'un tiers, on ne saurait refuser à l'administrateur qualité pour l'entreprendre, il serait même banal de le faire remarquer si nous ne cherchions

(1) L'assistance du curateur et le consentement du conseil de famille nécessaires à l'émancipé ne présentent point la même bizarrerie, car ici c'est le propriétaire qui agit ; l'exercice de son droit est seulement soumis à certaines formalités restrictives.

à écarter tout élément de confusion (Conf. Demolombe, *De l'absence*, p. 120).

Arrivons maintenant à notre première règle, nous avons dit qu'elle ne rencontre pas de contradictions sérieuses. Il est bien entendu qu'un administrateur ne peut seul consentir une aliénation ou une constitution de droit réel concernant un immeuble. Ceux-là même qui ne les interdisent pas absolument exigent néanmoins l'intervention extra-légale d'une autorisation judiciaire, dans tous les cas où la loi n'a pas créé un système de protection destiné à permettre l'accomplissement de tels actes (tuteur, héritier bénéficiaire, mineur émancipé, etc.). Mais de quelque source qu'elle provienne, cette assistance étrangère est un signe que l'administrateur n'agit plus en cette qualité ; nous faisons ainsi déjà une application de notre première remarque.

On a cependant cru trouver à cette règle deux classes d'exceptions. La première classe soustrait à son application certains administrateurs et la seconde certains actes de disposition.

En premier lieu on a voulu conférer à deux administrateurs légaux le droit de disposer des immeubles. Ce sont le père ou la mère administrateur des biens de leurs enfants, et le mari sous le régime de la communauté.

Quant à l'administration légale des parents, la question n'a pas été bien vivement débattue : il n'y a pas en effet de motif plausible pour permettre au père adminis-

trateur ce qu'on lui refuse quand il est tuteur. Dans un cas comme dans l'autre il est usufruitier mais l'usufruit, loin de conférer à son titulaire le droit de faire des actes de disposition, lui impose au contraire une obligation qui est la négation même de ce droit, celle de conserver la substance de la chose (*salva rerum substantia*). D'ailleurs cet usufruit s'éteint quand l'enfant atteint l'âge de dix-huit ans ; il peut même ne jamais naître ou disparaître prématurément (art. 730 et 1442).

Au fond il s'agit plutôt là d'un procès de tendance : à Rome l'enfant appartenait à son père corps et biens, tout ce qu'il acquérait tombait dans le patrimoine du *paterfamilias*, et la création des pécules fut le commencement d'une réaction contre cette autocratie. Il est resté dans certains esprits une trace des traditions romaines sur la puissance paternelle, nous en voyons le reflet dans ces conclusions de M. Robinet de Cléry, avocat général à la Cour de cassation : « La puissance du père sur la personne et les biens de ses enfants n'est pas une création de la loi, c'est un principe de droit naturel. S'il est au monde une autorité de droit divin, c'est bien celle-là. Le législateur la réglemente, il peut la restreindre dans des cas déterminés, elle existe dans sa plénitude, toutes les fois qu'un texte n'y a pas apporté une restriction formelle (1). » Il serait facile de retrouver dans certains auteurs, dans Zachariæ (2) par exemple, le souvenir des

(1) Cass. 14 janvier 1878 ; Sirey, 1878, 1, 218. Conf. Bourges, 11 février 1863 ; Sirey, 1863, 2, 121.

(2) T. 1, p. 202, texte et note 7.

mêmes influences ; mais toutes ces manifestations d'ailleurs isolées ne se sont jamais traduites par aucune théorie radicale, il y a là comme nous le disions, une simple tendance dont les résultats pratiques seraient assez embarrassants à préciser. Au contraire, la majorité des commentateurs admet la nécessité d'une assistance quelconque, toutes les fois que le père administrateur procède à un acte de disposition quant aux immeubles : il est vrai qu'ils se divisent sur la nature de cette assistance, et tandis que les uns sont d'avis de transporter dans l'administration légale le mécanisme de la tutelle (1), d'autres exigent simplement l'intervention du pouvoir judiciaire (2), mais dans les deux cas, l'administrateur n'agissant plus seul, nous ne nous trouvons plus dans le domaine des actes d'administration.

Quant à la nature des pouvoirs conférés au mari sur la communauté, il faut avouer qu'elle est vraiment délicate. La loi le qualifie administrateur, il est vrai (art. 1421), mais elle lui accorde en même temps le droit d'aliéner, d'hypothéquer, de donner des meubles même de grande valeur, sous la seule condition de ne s'en point réserver l'usufruit.

Voilà un singulier administrateur.

Certains auteurs renonçant, peut-être avec raison, à traiter le Code comme une œuvre scientifique, ont résolu

(1) Demolombe, t. VI, p. 331 ; Merlin, *Quest. de droit*, v^o *Usufruit paternel*, paragraphe I, p. 612 ; Valette, *Explication sommaire du livre I^{er} du Code civil*, p. 220-222.

(2) Marcadé, t. II, art. 389.

la question d'une façon très satisfaisante en pratique mais absolument insuffisante en théorie : réunissant tous les droits conférés expressément par les textes au mari commun, ils en ont fait un pouvoir *sui generis* (1). Il est certain que parmi les dispositions contenues au titre du contrat de mariage il en est beaucoup que l'on hésite à classer dans une catégorie déterminée de nos institutions juridiques. On a dit par exemple que la communauté était une société, mais c'est une société anormale, dérogeant à toutes les règles de ce contrat, où un seul commande, où l'autre peut courir toutes les bonnes chances sans subir les mauvaises, où l'on peut mettre en commun tous les biens présents et à venir. Faut-il dire en un mot que c'est une société *sui generis* ?

D'un autre côté comment qualifier les créances de reprise appartenant à la femme sur la communauté, c'est-à-dire sur une masse à l'égard de laquelle elle est à la fois dans la situation d'un créancier et d'un copropriétaire (2) ? Sont-ce là aussi des créances *sui generis* ?

Si donc on voulait nous pousser jusqu'au bout, nous aurions certes la ressource d'écarter une objection tirée du contrat de mariage, et surtout de la communauté entre époux, et de répudier toute conformité entre les règles spéciales qui les gouvernent et les principes géné-

(1) C'est peut-être à ce pouvoir spécial que l'on fait allusion quand on désigne le mari sous le nom de chef de la communauté, conformément au texte de l'article 1388. Ce mot *chef* n'a aucun équivalent juridique.

(2) Du moins dans l'opinion générale, le titre de copropriétaire lui est attribué durant la communauté. Pour nous, il ne doit l'être qu'à sa dissolution.

raux du droit. Mais si l'on tient à rester intransigeant, il faut attribuer au mari les pouvoirs d'un administrateur ou bien d'un propriétaire et éviter soigneusement toute fusion entre ces deux qualités, si l'on ne veut produire une conception bâtarde, impossible à définir.

Un seul auteur a soutenu que le mari n'avait sur la communauté que des pouvoirs d'administrateur : c'est Buguet, dans ses notes sur Pothier (tome VII, p. 258). « Quoique le mari ait des pouvoirs fort étendus sur les biens de la communauté, cependant il n'est plus exact de dire qu'il en est le seul seigneur, et qu'il peut en disposer à son gré, *il n'est plus qu'un administrateur* (1). » C'est une simple remarque qu'il fait en passant sans y ajouter aucun développement qui permette de juger s'il n'est pas tombé dans la confusion précédemment signalée. Ce laconisme est regrettable, car il eût été curieux de voir comment, en présence des articles 484 et 1988 du Code civil, on pouvait soutenir cette théorie : aliéner un immeuble, hypothéquer, donner, sont des actes d'administration.

Presque tous les autres interprètes, dont quelques-uns appartenant à l'ancien droit, ont cherché à opérer une

(1) Cette affirmation de Buguet même dans l'opinion générale que nous combattons est certainement inexacte, car nos adversaires sont obligés de reconnaître que le mari est non seulement administrateur mais au moins copropriétaire. Cette copropriété est impuissante à justifier les droits excessifs du mari, car, ainsi que nous le verrons plus loin, toute indivision engendre l'immobilité, à moins que l'un des communistes n'ait reçu le mandat d'administrer au nom de tous. Or ici il y a plus qu'un droit d'administration : c'est ce qui nous fait rejeter l'idée d'indivision.

collusion plus ou moins heureuse entre les textes et les principes. C'est ainsi que Laurière écrit dans son commentaire X sur la Coutume de Paris (art. 225) « que si le mari peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il a la libre administration en qualité de chef de la communauté ». Quelle est donc l'étendue de cette administration qui est libre, et quelle est celle de l'administration qui ne l'est pas ? Je crois que la difficulté n'est que déplacée, si elle n'est pas augmentée. D'un autre côté, comment concilier cette libre administration qui permet d'aliéner et d'hypothéquer, etc. avec cette autre administration, également libre, que l'article 1449 accorde à la femme séparée de biens, tout en lui refusant le droit d'aliéner ses immeubles ?

Ce passage de Laurière est cependant pris comme texte par Laurent, à la page 225 de son tome XXI. Il est vrai qu'à la page 10 de son tome XXII il qualifie sans réserve le mari de propriétaire de la communauté, se mettant ainsi en contradiction avec lui-même et méritant le reproche qu'il a si souvent adressé aux autres et avec si peu de courtoisie.

La seule opinion conforme aux principes généraux et la seule qui promette de rester toujours logique avec soi-même, c'est celle qui considère le mari comme propriétaire exclusif de la communauté pendant le mariage, et qui lui en accorde tous les droits, sauf dans les cas où la loi vient y apporter une restriction formelle. Cette opinion est isolée, j'en conviens, elle a cependant compté

deux adhérents de quelque valeur (Toullier, XII, 75 et Championnière, IV, 2835). Aujourd'hui elle est complètement abandonnée, il serait puéril de la soutenir au palais, mais en doctrine, une telle entreprise n'est plus que présomptueuse : c'est d'ailleurs une critique que nous nous résignons à encourir.

Faut-il reproduire l'argument fondamental de cette opinion ? Nous le connaissons d'avance car il ressort de la discussion qui précède : celui qui sans mandat exprès et sans avoir de compte à rendre peut disposer d'une chose par aliénation, hypothèque et même par donation, en a la propriété puisqu'il en a tous les attributs. Or le mari possède tous ces droits sur la communauté (art. 142) dont il est propriétaire et propriétaire *exclusif*. Cette épithète se trouve partout ici sous-entendue.

C'est un syllogisme en règle que Dumoulin avait formulé déjà dans l'ancien droit. *Constante matrimonio solus actu dominus propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem*. Le mari est en fait le seul propriétaire, car il a seul le pouvoir d'administrer et d'aliéner : *propter* n'indique pas une limitation comme le prétendent MM. Aubry et Rau, IV, p. 279, mais un motif de décider ; telle est du moins la signification donnée par tous les lexiques : *propter*, à cause de.

C'est encore Dumoulin qui le dit en parlant de la femme : *non est socia sed speratur fore*, la femme durant le mariage est bien et dûment étrangère à la communauté.

Que signifie enfin cette maxime « que le mari est seul

seigneur et maître de la communauté », si elle ne fait pas allusion à un droit exclusif?

Cette opinion rencontre, il est vrai, bien des contradicteurs dans l'ancien droit ; de nos jours, elle en rencontre davantage car on l'a trouvée encore plus incompatible avec les textes du Code qu'avec ceux des Coutumes.

On a formé contre elle quatre objections.

1° La première est tirée de l'article 1492 « la femme qui renonce perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté ». Si elle perd ses droits c'est qu'elle en avait.

Nous ferons à cette objection deux réponses.

Même en donnant à l'article 1492 une telle acception, nous n'y remarquons aucune contradiction avec notre théorie. Si la femme renonce, c'est que la communauté est dissoute et la dissolution de la communauté a justement pour effet de l'en rendre copropriétaire ; *speratur fore socia*, dit Dumoulin : voilà cette espérance réalisée. Soutenir comme nous le faisons que pendant la durée de la communauté la femme n'a aucun droit sur elle, c'est admettre implicitement qu'elle en acquiert à sa dissolution : elle peut donc y renoncer.

Voici notre seconde réponse : Au point de vue grammatical cette expression « avoir un droit *sur* les biens de la communauté » n'implique pas l'existence d'un droit de propriété actuel, on peut y voir aussi bien une allusion à un droit éventuel quelconque soit de créance, soit de propriété (« toute espèce de droit », dit le texte). Il n'en

serait pas de même si l'article portait ces mots « perdre un droit *dans* les biens de communauté », et même avec cette modification l'article 1492 ne constituerait pas une objection ainsi que nous venons de le démontrer.

2° La preuve, dit-on, que le mari n'a pas un droit exclusif et que la femme est titulaire pendant la durée de la communauté d'un droit actuel rival du sien, c'est qu'il ne peut faire de donations de meubles ou d'universalité de meubles.

Mais il ne faut voir là qu'une simple restriction en faveur de la femme, et destinée à sauvegarder les droits qui lui appartiendront à la dissolution de la communauté : il n'est pas en effet nécessaire que ces droits existent actuellement pour mériter une protection. C'est ainsi que, dans le cas d'une institution contractuelle, l'article 1083 interdit au donateur toute donation postérieure, soit d'immeubles, soit de meubles ; on n'a pourtant jamais prétendu que le donataire fût actuellement propriétaire des biens donnés, puisqu'il ne doit le devenir qu'au décès du donateur.

Si nous supposons en effet plusieurs droits coexistant sur la même chose et appartenant à différents sujets, leur restriction va s'opérer par le fait même de leur juxtaposition, c'est seulement lorsque ces droits sont successifs au lieu d'être simultanés que l'intervention légale devient nécessaire et qu'une limitation expresse des droits actuels s'impose pour conserver un objet aux droits éventuels. L'existence seule de l'article 1421 et de

ses dispositions restrictives n'est donc pas une objection contre notre théorie ; c'est un argument en sa faveur.

3° « Si la femme n'était pas copropriétaire des biens communs pendant le mariage on ne comprendrait point que les engagements contractés par elle avec la simple autorisation du mari puissent lier la communauté même au cas où elle y renoncerait. » (Aubry et Rau, IV, p. 279.)

C'est que cette autorisation du mari fait présumer que l'engagement est pris dans l'intérêt de la communauté. Tout le monde convient qu'il faut faire ici exception à la règle *qui auctor est non se obligat* ; le mari s'oblige, donc il oblige la communauté ; la femme oblige la communauté, c'est vrai, mais par l'intermédiaire de son mari, et non en vertu d'un droit propre. Si l'objection était fondée nous pourrions la retourner contre nos contradicteurs : en effet, si la femme était co-proprétaire de la communauté, on ne comprendrait pas pourquoi elle ne l'obligerait pas dans tous les cas, du moment qu'elle est autorisée par son mari ; or il y a deux hypothèses où, malgré cette autorisation, les textes refusent à l'engagement de la femme le pouvoir de lier la communauté (art. 1413 et 1432 *a contrario*), c'est qu'alors le mari n'est pas réputé s'être obligé.

4° Enfin voici la dernière objection, elle réside dans l'emploi du mot « communauté ». Communauté dérive de commun, et commun désigne ce qui appartient à plu sieurs.

Au point de vue grammatical cette objection n'est guère embarrassante car les mots « commun » et « communauté » sont susceptibles de plusieurs interprétations aussi variées que naturelles. Rien d'étonnant à ce qu'on appelle « communauté » un patrimoine destiné à subvenir aux besoins communs du mari et de la femme, ou bien encore une masse formée des apports communs des deux conjoints : or la communauté légale présente ces deux caractères.

Mais la difficulté est plus grave si on l'envisage sous un aspect vraiment large et si on la débarrasse de toute argutie de linguistique. Nous avons pris l'habitude de considérer la communauté légale comme symbolisant l'union morale de l'homme et de la femme dans la sphère des intérêts pécuniaires ; il nous plaît de voir la société d'idées se résoudre pratiquement en une société de biens, et cette tendance vient de loin, car le mot « communauté » est bien vieux dans la science du droit, et les générations des jurisconsultes se le transmettent depuis longtemps sans lui avoir peut-être jamais trouvé une signification adéquate ; l'influence des traditions historiques est donc pour beaucoup dans la répugnance que nous avons à concevoir le mari comme exclusivement propriétaire d'un patrimoine qui n'est pas réservé à son usage personnel.

Mais si cette répugnance se traduit par une contradiction flagrante aux principes généraux du droit,

Si notre bon sens lui-même nous impose de voir un

propriétaire exclusif dans celui qui peut dissiper les biens soi-disant communs, et dont les pouvoirs sont tellement grands que son copropriétaire prétendu, impuissant à les circonscire, n'a que la ressource radicale de les faire cesser par la séparation de biens.

Si enfin la théorie qui vient d'être exposée, malgré son apparente incompatibilité avec l'esprit de notre Code, s'harmonise au contraire merveilleusement avec lui, puisqu'elle en justifie toutes les dispositions.

Pourquoi élèverions-nous à la hauteur d'un argument juridique un simple désidératum de notre intelligence et de notre sens moral ?

Notre discussion est close, mais il ne faut pas y voir une digression ; nous avons en effet voulu établir que le mari, avec les pouvoirs si étendus que lui donne la loi, ne saurait être un simple administrateur, et pour cela, il nous a fallu démontrer qu'il était ou propriétaire, ou titulaire d'un droit *sui generis* ; mais que l'on adopte l'une ou l'autre de ces deux alternatives, il est évident que l'article 1421 ne constitue pas une exception à notre première règle générale, qui interdit à l'administrateur tout acte de disposition quant aux immeubles.

Nous arrivons maintenant à notre deuxième classe d'exceptions : elle ne nous retiendra pas longtemps. Il s'agit en effet de deux actes dont le caractère n'est pas douteux, et qui constituent certainement une aliénation immobilière. Cependant les traditions et les mœurs leur ont imprimé le sceau des actes de bonne adminis-

tration. Je veux parler de l'acquiescement et de la transaction en matière immobilière (1), qui présentent assez souvent, il est vrai, de sérieux avantages. C'est même ce caractère évident d'utilité qui a pu égarer certains interprètes, car il est commun à tous les actes d'administration. Toutefois, Pothier n'accorde pas sans hésiter à l'administrateur le pouvoir d'acquiescer et de transiger, il fait une distinction assez inexplicable en théorie entre le cas où le propriétaire peut être consulté, et celui où la distance rend impossibles de telles communications. Cette demi-mesure indique bien que nous sommes en dehors des vrais principes, c'est un expédient de praticien (2). Cependant Merlin a voulu prendre la question de plus haut, et a prétendu trouver dans le droit d'agir celui d'acquiescer et de transiger ; mais il faudrait démontrer que le pouvoir d'exercer un droit emporte celui de l'abdiquer ou de l'aliéner, ce qui est directement contraire au bon sens. D'ailleurs au titre de la transaction l'article 2045 requiert pour transiger la capacité d'aliéner, or elle ne réside pas dans l'administrateur. Quant à l'acquiescement, l'article 464, en exigeant pour un tel acte l'autorisation donnée au tuteur par le conseil de famille, l'exclut par le fait même de la catégorie des actes d'administration (3).

Nous avons ainsi épuisé l'examen de notre première

(1) On peut appliquer ce qui suit également à la délation du serment décisoire.

(2) T. V, *édition Buguet*, n° 157, p. 236.

(3) Conf. art. 487, Code de commerce.

règle, nous allons passer à la seconde qui concerne les actes de disposition quant aux meubles.

Ici le terrain est moins sûr et les principes que nous avons posés en commençant l'étude de cette première règle vont rencontrer de sérieuses difficultés d'application. En théorie, une différence de solution serait injustifiable car, aussi bien en matière mobilière qu'en matière immobilière, il est irrationnel de permettre à un tiers de disposer sans mandat exprès de la chose d'autrui ; et si l'on suppose que l'administrateur est un propriétaire dont les pouvoirs ont été restreints il est également illogique de laisser entre ses mains celui dont l'exercice entraîne des conséquences irréparables.

D'où proviennent donc ces obstacles contre lesquels vient se heurter le passage de la théorie à la pratique ? Les deux considérations qui suivent nous le feront apercevoir.

1° Les meubles dépérissent plus vite et plus facilement que les immeubles : la nécessité de les vendre est quelquefois immédiate, et dans ce cas l'obligation de consulter le propriétaire ou de recourir à une assistance quelconque se résoudrait en une perte de temps préjudiciable. Il vaut mieux permettre à l'administrateur de procéder seul à l'aliénation, d'autant plus qu'il est des meubles destinés par leur nature même à être vendus, à savoir les fruits et récoltes : pour ceux-là du moins, la question ne peut se poser, et cependant, au point de vue des principes, elle présenterait les mêmes impossi-

bilités. Et en dehors de cette hypothèse éminemment favorable de la vente des fruits, il en est d'autres qui ne le sont guère moins. Supposons un meuble incorporel, tel qu'une action ou une obligation, subissant une dépréciation de valeur continue et rapide. Du jour au lendemain elle peut tomber à rien, mais aujourd'hui on a encore la ressource d'en retirer quelque argent. Faudrait-il refuser à l'administrateur, surpris par cette baisse inattendue, le droit de prévenir une catastrophe sans remède, et de conserver dans la mesure du possible l'intégrité du patrimoine qui lui a été confié ?

2° Voici une seconde considération.

Il y a dans le Code une immense erreur économique, dont les conséquences s'aggravent de jour en jour. Elle réside dans cet axiome qui a si souvent inspiré le législateur de 1804 : *Res mobilis res vilis*. Il serait banal d'indiquer l'origine de cette tradition, toujours est-il qu'elle subsiste au milieu d'un état de choses où elle n'aurait pu naître, et où depuis longtemps elle aurait dû succomber. Mais laissons de côté la question économique, pour nous placer exclusivement en face des textes, et nous demander quelle a été dans notre matière l'influence de ce brocard fameux.

Si toutes les choses mobilières n'ont qu'une valeur insignifiante et infiniment variable, à quoi bon créer pour en assurer la conservation un mécanisme dont le fonctionnement sera souvent difficile et presque toujours coûteux, étant donnée la fréquence des transactions sur

les meubles. N'est-il pas plus simple de les abandonner au pouvoir discrétionnaire de l'administrateur ? S'il se trompe, son impéritie ne saurait être sérieusement préjudiciable soit à lui soit aux autres. Et c'est ainsi que nous rencontrons dans le Code plusieurs textes accordant à l'administrateur le pouvoir d'aliéner les meubles, (v. art. 128, 484, 1428, 1449) soit expressément, soit implicitement, et que cette aliénation est non seulement autorisée, mais encore prescrite, en matière de tutelle (art. 452).

Nous sommes donc forcés de faire rentrer dans une certaine mesure les aliénations mobilières dans les actes d'administration ; mais alors que deviennent les principes généraux du droit ? Comment interpréter les textes du Code, d'où nous avons cru tirer une règle prohibitive s'appliquant indistinctement aux meubles et aux immeubles ?

On le voit, la difficulté est double, mais elle est beaucoup moins embarrassante sous sa première forme.

Et d'abord quel principe de droit se trouve en jeu ici ? C'est le suivant : *Nemo dat quod non habet*. L'administrateur de la chose d'autrui ne peut faire aucun acte de disposition parce qu'il n'a pas le droit de propriété, il en est de même de celui qui administre sa propre chose car il n'a pas l'exercice de ce droit. Ce sont là des déductions générales, dont nous n'avons pas cherché à restreindre l'amplitude dans l'examen de la première règle, mais qui vont devenir maintenant trop larges. Précé-

demment en effet nous cherchions à établir pour l'administrateur l'interdiction absolue de disposer des immeubles, et pour cela il nous était commode de soutenir qu'il ne pouvait pas disposer du tout. Mais, en matière d'aliénations mobilières, nous sommes obligés de diminuer l'envergure de nos arguments, car ici, l'interdiction cesse d'être absolue, pour être relative ; la liberté tend à devenir le droit commun. Il nous faut un correctif et nous allons examiner par quel procédé nous pourrions l'introduire ; nous saurons plus tard dans quelle mesure nous devons l'employer.

S'il s'agit d'un administrateur qui est en même temps propriétaire le procédé sera bien simple. Quand la loi a restreint ses pouvoirs, elle ne l'a fait que dans la mesure de son intérêt ou de l'intérêt d'autrui (Conf. mineur émancipé et héritier bénéficiaire). Si donc cet intérêt exige une certaine latitude quant aux actes de disposition, nous n'avons aucun motif de nous y opposer ; car il n'y a rien de plus juridique qu'un acte de disposition émanant de celui qui est propriétaire.

Mais si l'on suppose un administrateur de la chose d'autrui, la question devient plus délicate. Quel est en effet dans ce cas le fondement du pouvoir d'administration ? C'est un mandat, et cela est vrai aussi bien pour l'administration légale que pour l'administration conventionnelle, les principes sont les mêmes dans les deux hypothèses, car la loi ne fait que se substituer à un propriétaire absent ou incapable, en vertu du droit souverain

d'intervention qu'elle s'est toujours attribué en pareille circonstance.

Mais alors si c'est un mandat, nous allons nous heurter à des difficultés de texte, d'un côté à l'article 1988, de l'autre aux articles 1859 et 1860. Nous arrivons ainsi à examiner la seconde face de notre question.

Voici l'objection tirée de l'article 1988 (1). Le mandat d'aliéner doit être exprès, or nous n'avons pas ici de mandat exprès, donc le pouvoir d'administration ne peut conférer le droit d'aliéner.

Je crois que l'on doit retrouver cette conclusion, quelle que soit l'interprétation donnée aux différents termes employés dans ce texte d'ailleurs mal rédigé. Qu'y a-t-il en effet de plus vague que cette expression « mandat conçu en termes généraux » ? Est-ce un mandat général, c'est-à-dire donné pour toutes les affaires du mandant ? Le voisinage de l'article 1987 (2) pourrait le donner à entendre : d'ailleurs, en qualifiant de « général » le mandat d'administration, l'article 1988 ne ferait que se conformer aux traditions de l'ancien droit et du droit romain, où un tel mandat prenait le nom de *procuratio omnium bonorum*.

MM. Aubry et Rau (3) ont proposé une autre signifi-

(1) ART. 1988. — Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.

(2) ART. 1987. — Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant.

(3) T. IV, p. 641, n° 2.

cation. Selon eux le « mandat conçu en termes généraux » serait un mandat spécial mais relatif à toute une catégorie d'actes juridiques et qui n'en désignerait aucun en particulier. Comme élément de classification, cette opinion serait assez ingénieuse, mais elle est singulièrement infirmée par la disposition radicale de l'article 1988, car étant donné qu'il existe en dehors « des actes de propriété » bien des catégories d'actes juridiques, je ne vois pas en vertu de quel critérium le législateur aurait restreint le mandat conçu en termes généraux aux actes d'administration.

Sans nous attarder dans cette discussion, qu'il nous suffise de faire remarquer que si l'on donne au texte un sens vraiment strict, on n'aboutira jamais à une conciliation ; car il renferme dans son esprit, comme dans sa construction, une antithèse qui a pour but d'opposer le mandat d'administrer au mandat d'aliéner ; il importe donc fort peu de peser les qualifications que la loi leur donne.

Il n'y a qu'une solution possible ; elle consiste à interpréter l'article 1988 ainsi qu'il suit : « S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété le mandat doit être exprès toutes les fois que ces actes ne constitueront pas des actes d'administration. » Il vaut encore mieux restreindre la portée d'un texte que de l'écarter purement et simplement.

La deuxième objection est fournie par la combinaison

des articles 1859 (1) et 1860 (2). Pour bien la comprendre, il faut savoir qu'en matière de société le mot « administrateur » revêt une acception spéciale, d'ailleurs peu juridique, et que nous n'avions pas révélée jusqu'ici pour ne pas créer de complications inutiles. L'administrateur ou gérant est celui que les associés ont chargé d'assurer le fonctionnement de la société et de procéder à l'accomplissement de tous les actes qui rentrent dans le but social. Ces actes peuvent être des actes de disposition, et cela dans une mesure aussi large qu'on voudra bien le supposer, car ici l'article 1988 ne saurait nous causer aucun embarras : nous sommes en effet en présence d'un mandat exprès (3).

Cet éclaircissement donné, on peut apercevoir facilement l'argument : les articles 1859 et 1860 prévoient, dit-on, la même hypothèse, celle où les associés n'ont pas délégué leurs pouvoirs à un administrateur ; dans ce cas l'article 1859 établit la présomption d'un mandat réciproque d'administrer les uns pour les autres. Mais, de

(1) ART. 1859. — 1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre.

(2) ART. 1860. — L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses mêmes mobilières qui dépendent de la Société.

(3) C'est ainsi que l'on peut expliquer le pouvoir d'aliéner les *immeubles* conférés aux administrateurs lorsque de telles aliénations rentrent dans le but de la Société, et c'est pour cela que l'emploi du mot gérant à la place du mot administrateur serait vivement souhaitable, comme devant éviter toute confusion. Je le répète, le mandat est exprès : ce n'est plus ce que l'on est convenu d'appeler un mandat d'administration. La Société n'est pas un patrimoine ordinaire, c'est une construction artificielle, une organisation spéciale dont le fonctionnement est destiné à produire certains effets prévus à l'avance, et celui qui est chargé de la mettre en mouvement est censé avoir entre les mains tous les moyens de remplir son mandat.

son côté, l'article 1860 nous apprend qu'un tel mandat ne confère pas aux associés le droit d'aliéner « les choses même mobilières dépendant de la Société ».

Nous pourrions faire deux réponses.

D'abord il est faux que les articles 1859 et 1860 visent la même hypothèse : pour un esprit sans prévention, quand on emploie cette expression « l'associé qui n'est pas administrateur », on sous-entend qu'il y a un administrateur en fonctions, et alors il est naturel que les associés, ayant délégué leurs pouvoirs, ne puissent plus les exercer pendant la durée de la délégation. Cette interprétation de l'article 1860 est assurément la plus simple ; c'est peut-être pour ce motif que Laurent la traite de niaiserie (T. 26, p. 336). C'est aussi celle que fournissent les travaux préparatoires (v. *Rapport de Boutteville au Tribunal*, n° 17, Locré, t. VII, p. 250).

Mais faisons une concession et admettons pour un moment que les articles 1859 et 1860 s'inspirent du même ordre d'hypothèses. Si nous analysons la disposition de l'article 1859, nous y trouvons une idée vraie sous une forme bien peu juridique.

Quand les associés n'ont pas nommé d'administrateur, la plénitude des pouvoirs est divisée entre eux, le droit de l'un sert de limite et de correctif au droit de l'autre et, si l'on veut nous permettre une image, nous dirons que l'un ne peut avancer si l'autre veut rester en place : il est bien évident que le résultat sera l'inertie et l'immobilité, c'est en effet la devise de toute indivision.

Dans ces conditions le seul expédient possible c'est la gestion d'affaires : l'un des associés peut en effet prendre l'initiative d'une innovation, mais à ses risques et périls, et sous la menace toujours suspendue du « veto » de ses coassociés ; mais une fois l'acte accompli, s'il n'a pas rencontré d'opposition, on doit présumer qu'il a été fait du consentement de tous.

C'est là tout ce que veut dire le premier alinéa de l'article 1859 ; mais est-il besoin pour cela d'invoquer l'existence d'un mandat réciproque d'administrer ? Et ne voit-on pas que par le fait même de cette réciprocité un tel mandat ne réalise aucun progrès sur la situation déjà existante, puisqu'il ne fait que déplacer le terrain de l'indivision en la faisant porter sur l'exercice du droit d'administrer : singulier mandat, où le mandant pourrait à chaque instant entraver l'activité de son mandataire, sans avoir jamais la ressource de le révoquer, puisqu'il lui est imposé en vertu d'une présomption légale. Nous n'y verrons donc qu'un objet de luxe, une superfétation qui ne doit pas nous dérober le véritable aspect de la question, à savoir une juxtaposition de plusieurs droits égaux et rivaux qui se limitent les uns les autres, s'opposant à toute innovation qui n'est pas l'œuvre du consentement de tous et par conséquent, comme le suppose l'article 1860, à tout engagement ou acte de disposition portant « sur les choses, même mobilières, appartenant au fonds social ».

· Nous croyons avoir ainsi démontré que le mandat

d'administrer peut conférer au mandataire le pouvoir de procéder à des aliénations mobilières. Mais dans quelle mesure aura-t-il l'exercice de ce pouvoir? C'est la dernière question qu'il nous reste à examiner pour terminer l'étude de la capacité des administrateurs quant aux actes de disposition.

Je n'hésite pas à reconnaître que, dans l'esprit des législateurs de 1804, cette capacité devait être absolue ; nous l'avons déjà fait pressentir. La fortune mobilière ne leur a certainement point paru mériter la faveur d'une protection particulière : nous en avons la preuve dans les articles 128, 464, 484, 1428, 1449 etc., d'où se dégage plus ou moins implicitement cette idée qui a inspiré tout notre ancien droit *vilis mobilium possessio*. Il est de notre devoir de chercher à atténuer autant que possible les conséquences de cette grave erreur qui constitue de nos jours un véritable anachronisme. Le Code lui-même a du reste organisé dans quelques cas spéciaux la vente des meubles, il a interdit au tuteur la transaction, sans faire de distinction quant aux biens qui en sont l'objet (1), mais il l'a fait sans esprit de principes et sa sollicitude s'adresse bien moins à la propriété mobilière qu'à certains propriétaires mobiliers ou à leurs ayants-cause (art. 126, 452, 805). Récemment nos assemblées législatives ont voté une loi de réaction (27 janvier 1880), qui soustrait au pouvoir discrétionnaire des administrateurs légaux, proprié-

(1) Mais il leur permet l'acquiescement en matière mobilière.

taires ou mandataires, la disposition du mobilier incorporel appartenant aux mineurs et aux interdits : dans cette mesure encore les aliénations mobilières sont sorties de la catégorie des actes d'administration.

C'est là une restriction isolée attestant la désapprobation que rencontre dans les esprits la règle *res mobilis res vilis*, mais il n'en est pas moins vrai que cette règle existe dans nos lois sous forme de présomption : ceci nous explique l'inanité des efforts accomplis par les interprètes qui ont voulu la combattre en droit positif et au point de vue des textes. Il eût fallu pour réussir mettre le Code en contradiction avec lui-même, ce qui n'est pas un fait normal. Leur ingéniosité s'est principalement exercée dans cinq hypothèses, à savoir :

- 1° Quant à l'envoyé en possession provisoire ;
- 2° Quant au père administrateur légal ;
- 3° Quant au mineur émancipé ;
- 4° Quant au mari comme administrateur des biens propres de la femme ;
- 5° Quant à la femme séparée de biens.

Faisons d'abord une remarque générale, c'est qu'il faut répudier en cette matière toute intervention extralégale d'une autorisation de justice. C'est peut-être un expédient excellent en pratique, mais qui en droit pur ne renferme aucun élément de solution, car on ne se prononce pas sur le caractère de l'acte en lui-même, on ne décide pas que telle aliénation mobilière, ne rentrant pas dans le pouvoir d'administration, doit être inter-

dite à l'administrateur agissant seul (1), on se contente de satisfaire à un motif d'utilité pratique et de bon sens, en entourant de garanties l'accomplissement d'un acte important. Il est certain que dans bien des cas la nécessité d'une assistance se fait sentir, mais le Code ne l'a pas organisée, et nous ne devons chercher ni à le justifier ni à le compléter (2).

1° Cette remarque s'applique dans toute sa force à l'envoyé en possession provisoire ; là en effet il n'y a que deux alternatives possibles : ou bien lui permettre d'agir seul, ou bien exiger l'autorisation de justice ; la seconde alternative étant écartée, la première reste seule debout ; l'envoyé peut donc aliéner les meubles corporels et incorporels appartenant à l'absent, et il a ce pouvoir dans toute sa plénitude, car il s'oppose à une interdiction absolue d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles (art. 128).

On a fait il est vrai une objection tirée de l'article 126 (3). Le tribunal, en ordonnant la vente d'une partie du mobilier, impose par là même à l'administrateur l'obligation de conserver le reste.

Mais cette conclusion dépasse fortement les prémisses. Quelle est la situation que vient réglementer l'ar-

(1) Quant aux aliénations immobilières, on convient unanimement que l'assistance de la justice ou d'un conseil s'explique par ce fait que de tels actes sont en dehors du pouvoir d'administration.

(2) La présomption de l'article 2279 rendra souvent en fait la discussion inutile pour les meubles corporels. Mais la question de principes demeure intacte.

(3) Laurent, t. 2, p. 235.

ticle 126? Vient-il faire exception à une prohibition d'aliéner les meubles? Non évidemment; puisque c'est justement cette prohibition que l'on veut établir, on ne doit pas la présumer. Que supposer alors sinon que l'envoyé, ayant le pouvoir discrétionnaire de procéder à de telles aliénations dans l'intérêt de l'absent, la loi s'est réservé le droit de le forcer à exercer ce pouvoir à son entrée en gestion. L'argument *à contrario* fait par l'opinion adverse ne vaut rien, car il y a plus de deux hypothèses possibles. On peut imaginer en effet trois attitudes différentes de l'administrateur, quant au droit de disposition sur les meubles: ou bien obligation de les aliéner, ou bien interdiction de les aliéner, ou enfin pouvoir de les aliéner *ad libitum*.

On voit donc que l'on ne peut appliquer ici le principe qui doit servir de fondement à tous les arguments de cette sorte *qui negat de uno dicit de altero* (1).

2° Quant au père administrateur légal, il faut avouer qu'il n'y a pas de motif de décider ni dans un sens ni dans l'autre, si l'on se place en dehors de la présomption générale qui a selon nous inspiré les rédacteurs du Code. On a proposé de transporter en cette matière l'organisation de la tutelle, ce qui serait très désirable, mais peu juridique. Nous accorderons donc au père le droit d'aliéner le mobilier même incorporel appartenant à son enfant: il est certes bien singulier de permettre au père

(1) Sic. Bordeaux, 20 nov. 1845; Sirey, 46, 2, 376 et Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, t. 16, p. 24; Aubry et Rau, t. 1, parag. 153, note 7; Demante, *Cours analytique*, t. 1, n° 157 bis I. — *Contrà*; Duranton, n° 485; Laurent, *loc. cit.*

administrateur ce que nous sommes obligés de refuser au père tuteur depuis la loi du 27 janvier 1880 ; et c'est même là une objection que nous avons invoquée à titre d'argument dans l'exposition de notre première règle, mais c'est que nous cherchions alors à établir une prohibition générale quant à certains actes. Il ne faut cependant point se dissimuler qu'au point vue législatif cet argument a une grande valeur et qu'il atteste l'insuffisance de la réforme apportée à nos lois civiles.

3° Le mineur émancipé a déjà subi une restriction considérable dans ses pouvoirs, par suite de la loi que nous venons de citer (27 janvier 1880) ; il ne peut plus disposer seul de son mobilier incorporel (art. 4), et dans cette mesure l'influence funeste de la règle *res mobilis res vilis* se trouve écartée ; mais que décider quant au mobilier corporel ? Pour nous, il n'existe aucune difficulté, nous sommes même autorisés à conclure de l'article 484 à la liberté absolue d'aliéner ce mobilier, car ce texte interdit au mineur émancipé d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles. Cette interdiction absolue légitime l'argumentation *a contrario*. L'opinion contraire en est réduite aux détours les moins juridiques, et arrive péniblement à constater une lacune dans le Code : il suffit pour s'en convaincre de prendre connaissance du numéro 218, Laurent, t. V, *Principes de droit civil* ; quant à nous, ce n'est pas une lacune, mais une erreur que nous constatons (1).

(1) Conf. Aubry et Rau, t. 1, parag. 432, p. 548 ; Dalloz, v° *Minorité*, n° 806.

4° Nous emploierons le même système d'interprétation pour l'article 1428 qui concerne le droit d'administration du mari commun sur les biens de sa femme. Là encore la loi, en défendant à l'administrateur d'aliéner les immeubles, lui permet implicitement de disposer des meubles, de même qu'elle lui accorde explicitement le droit d'intenter les actions mobilières. Nous n'invoquerons même pas la conformité de l'ancien droit (1), car dans nos coutumes, les meubles, même réservés propres, tombaient en communauté, ce qui en rendait le mari propriétaire. On objecte que pour disposer des meubles il faut en être propriétaire, mais c'est répondre à la question par la question, car c'est justement ce qu'il faut démontrer. On dit enfin, que les meubles propres étant très rares, la loi a statué sur le *plerumque fit*, laissant intacte la question des aliénations mobilières. Sans examiner si telle était bien l'intention du législateur, il faut avouer que le texte de l'article 1428 est alors bien mal rédigé (Laurent, t. 22, p. 174). Ici encore l'opinion adverse est amenée à constater une lacune dans nos Codes. C'est un système qui me paraît sujet à caution comme équivalant à un véritable parti pris (2).

5° Enfin nous abordons l'hypothèse qui nous est la plus favorable au point de vue du texte. C'est celle de l'article 1449 qui confère expressément à la femme sé-

(1) Pothier, *Communauté*, n° 325 ; Lebrun, *Communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, distinct. III, n° 18.

(2) Sic. Aubry et Rau, t. V, parag. 522, texte et note 33 ; — Contrà, Guillouard, *Contrat de mariage*, t. II, p. 290, n° 814.

parée de biens le droit d'aliéner son mobilier. Il n'est pas besoin ici d'un argument à *contrario*. « La femme séparée de biens... en reprend la libre administration. Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. » Article 1449, 1°. Ici encore on a fait une objection. L'article 217 (1), a-t-on dit, défend à la femme même séparée d'aliéner, de donner : on ne saurait écarter ce texte purement et simplement, il faut le concilier avec l'article 1449 et voici comment : la femme a le droit d'administration, elle pourra donc disposer de son mobilier dans la mesure de cette administration, c'est-à-dire réaliser toutes les aliénations présentant un caractère conservatoire et pressant, les autres lui demeurant interdites. Nous prétendons au contraire que le droit d'administration permet à la femme d'aliéner son mobilier sans aucune restriction quant au caractère de cette aliénation, et l'on doit reconnaître que le texte est conforme à cette interprétation. L'article 217 pose une règle générale, l'article 1449 l'applique aux aliénations immobilières, mais il y fait exception quant aux aliénations mobilières : voilà la conciliation. Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'on applique le brocard *specialia generalibus derogant*. Pourquoi d'ailleurs ériger en axiome que le pouvoir d'administration n'autorise que les aliénations mobilières réputées conservatoires ? N'est-ce pas faire

(1) ART. 217. — La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit.

une pétition de principes, puisque l'on s'appuie justement sur ce que l'on doit démontrer (1) ?

Il me semble qu'il se dégage de toutes ces discussions une impression bien favorable à notre opinion. Toutes ces tentatives ingénieuses destinées à faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle veut dire, cette concordance entre les dispositions de notre Code, qui semble émaner d'une inspiration identique, cette tendance commune, ou, si l'on veut, ce parallélisme de déviation que présente chacun de nos textes en cette matière, et que la main des commentateurs essaye tant bien que mal de redresser, pour lui faire suivre la direction indiquée par les besoins actuels, tout cela ne révèle-t-il pas une lutte entre nos idées et nos exigences modernes et les survivances de l'état social qui les a précédées ? Si l'on admet que les rédacteurs du Code, fidèles continuateurs de l'ancien droit sur bien des points, ont adopté la maxime *res mobilis res vilis*, ce qui n'est pas contestable (2), pourquoi veut-on qu'ils aient eu la sagesse de la répudier ici ?

Nous arrivons donc à ces deux conclusions :

L'administrateur ne peut disposer des immeubles.

Il peut disposer des meubles toutes les fois que la loi ne le lui a pas formellement interdit.

(1) Sic. Tribunal de la Seine, 9 juillet 1872, Dalloz, 72, 3, 96 ; Duranton, XIV, n° 426 ; Rodière et Pont, III, n° 2190 ; Aubry et Rau, t. V, p. 403, 404 ; Colmet de Santerre, VI, n° 401 bis, III ; Laurent, XXII, n° 301. — *Contrà*. Guillouard, t. III, *Cont. de mariage*, p. 134. — Nancy, 24 juin 1854, Sirey, 1854, 2, 550 ; Cassat., 30 décembre 1862, Sirey, 1863, 1, 257.

(2) Je n'en veux pour preuve que l'organisation du régime de la communauté légale.

La première conclusion se dégage facilement des textes, elle est conforme aux principes, et malgré sa généralité, elle ne présente pas en pratique d'inconvénients sérieux.

La seconde nous est imposée par la défaveur dont le Code a entouré la propriété mobilière, et qui se manifeste dans un grand nombre de ses dispositions. Au point de vue législatif, il serait à désirer que l'on restreigne ce droit de disposer aux aliénations conservatoires. Cette restriction serait conforme au but même du pouvoir d'administration, ainsi que nous le ferons apparaître dans le deuxième chapitre de cette étude.

SECTION II

EXERCICE DES ACTIONS.

Nous examinerons d'abord ce qui concerne l'exercice des actions devant un tribunal de droit commun, puis nous dirons quelques mots du compromis.

Il est reconnu depuis longtemps que la faculté de disposer d'un droit entraîne celle de le déduire en justice. Est-ce à dire que la déduction en justice constitue une véritable aliénation ? Cela était vrai dans le droit romain classique où l'extinction du droit litigieux était l'un des principaux effets de la *litis contestatio* ; mais nos institutions juridiques ne sont pas empreintes de cette simplicité primitive, notre procédure a perdu toute allure originale et personnelle ; c'est une construction aux

formes indécises et mouvantes dont l'étude n'est plus qu'un fastidieux accessoire de la science du droit. En un mot le droit déduit en justice reste ce qu'il était auparavant, seulement on s'expose à ce qu'il ne soit pas reconnu, et c'est là un malheur que la disposition de l'article 1351 sur la chose jugée rend irréparable. Voilà comment on a pu exiger pour plaider la capacité d'aliéner.

Si donc nous nous reportons aux principes développés dans notre première section, nous serons amenés à conclure que l'administrateur peut plaider seul en matière mobilière et que l'exercice des actions immobilières doit lui être interdit.

C'est en effet la solution qui rencontre partout l'accueil le plus favorable ; c'est celle qui semble indiquée par les textes :

Par l'article 1428, qui, en permettant au mari commun l'exercice des actions mobilières de sa femme, paraît évidemment lui interdire celui des actions immobilières ;

Par l'article 464, qui place le tuteur dans une situation identique à l'égard des actions appartenant au mineur ;

Par l'article 482, qui exige pour le mineur émancipé l'assistance de son curateur, toutes les fois qu'il y a lieu d'intenter une action immobilière.

Mais il est une considération qui a pu mitiger dans une certaine mesure la rigueur de ces déductions et en troubler la netteté. Nous en trouvons l'exposé au tome deuxième de l'œuvre de M. Demolombe, p. 127. « Plai-

der n'est pas aliéner, c'est faire un acte de conservation et de nécessité ; les jugements ne sont que déclaratifs des droits préexistants des parties. A la vérité un procès mal soutenu et à plus forte raison simulé peut entraîner à une aliénation et ce motif a déterminé dans certains cas la loi à exiger des garanties. »

Ainsi présentée cette doctrine est assurément paradoxale, on conçoit difficilement que le meilleur moyen de conserver un droit, fût-il litigieux, consiste à risquer de le perdre. Cependant elle renferme un atome de vérité : il est certain qu'il ne faut pas considérer les actions judiciaires comme des éléments actuels de richesse, pouvant former un patrimoine, elles ne deviennent telles que par les résultats qu'elles produisent une fois intentées. Pour emprunter le vocabulaire scolastique, nous dirons que le droit litigieux est en puissance tant qu'il n'est pas déduit en justice, et pour le faire passer de la puissance à l'acte il faut que le procès commence. Jusque-là il est comme inerte et sans valeur, rien d'étonnant alors que l'on soit tenté de considérer l'exercice d'une action comme un acte de bonne administration.

On aperçoit ainsi par quelle porte la confusion a pu s'introduire en cette matière : c'est ce qui nous permettra de l'éviter. Sans méconnaître en effet que l'exercice d'une action puisse se présenter souvent avec un caractère évident de nécessité, il ne faut pas oublier non plus qu'il peut conduire à la perte du droit litigieux par suite

de l'inexpérience du demandeur ou de l'erreur du juge ; nous avons donc bien raison de l'assimiler dès le début de notre exposé préliminaire aux actes de disposition, il s'y relie comme une cause à son effet, nous exigerons donc pour la cause au moins la même capacité que pour l'effet : or nous croyons avoir établi que les actes de disposition quant aux immeubles échappent au pouvoir de l'administrateur.

Voilà encore un syllogisme rigoureux à la conclusion duquel il ne paraît pas qu'on puisse se soustraire ; cependant nous allons être forcés de constater quelques dissidences ainsi qu'on a pu le pressentir.

On croirait d'abord en rencontrer une dans l'administration des envoyés en possession provisoire. Une opinion très accréditée (1) leur accorde le pouvoir de plaider seuls dans tous les cas au nom de l'absent : elle s'appuie sur trois arguments principaux :

1° Sur le silence des textes qui est ici très significatif, dit-on, puisque le législateur a pris la peine d'énumérer tout ce qui n'était pas permis aux envoyés en possession provisoire (art. 128).

2° Sur la disposition de l'article 120 qui prononce l'envoi en possession de tous les biens de l'absent par conséquent de tous ses droits et actions.

3° Enfin sur celle de l'article 817 qui confère aux envoyés le droit d'intenter une action, dont l'exercice est

(1) V. Demolombe et la bibliographie citée par lui au tome II, p. 127 (de l'Absence).

refusé au tuteur, au mari, à savoir l'action en partage.

Pour un esprit sans préventions, il est évident que de tels arguments, même en les supposant fondés, ne créeraient qu'une simple présomption, bien faible pour lutter contre le grand principe dont nous avons relevé l'empreinte à chaque page de notre Code et qui creuse un abîme entre le régime de la propriété immobilière et celui de la propriété mobilière. Quand les textes se taisent c'est ce principe que l'on doit toujours entendre, car il est l'expression d'une inspiration commune à toutes nos lois civiles : le silence des textes n'est donc pas un argument. Quant à l'objection tirée de l'article 817 nous l'examinons plus loin et nous demandons crédit jusque-là.

Reste la disposition de l'article 120. Mais quel est donc le caractère de l'envoi en possession provisoire ? Est-ce un transfert de propriété ? non, c'est un simple dépôt qui confère, nous dit l'article 125, l'administration des biens déposés : les envoyés n'ont donc l'exercice des actions que comme doivent l'avoir des dépositaires administrateurs. C'est donc faire une pétition de principes que de leur attribuer *a priori* le droit d'intenter toutes les actions de l'absent.

Quant à la seconde exception que l'on a cru trouver à notre grande règle, je crains qu'elle ne soit vraiment fondée.

En parlant ainsi j'obéis à une sorte d'appréhension esthétique, car en pratique, sinon en raison, il y a mille

motifs excellents pour justifier cette dérogation. Je veux parler de l'héritier bénéficiaire auquel nous allons être obligés de reconnaître le droit d'intenter toutes les actions du défunt, et ce qui nous impose cette solution ce n'est pas le silence des textes que nous savons apprécier à sa juste valeur, ainsi qu'on l'a vu plus haut, c'est une raison d'analogie incontestable et péremptoire. Il existe entre l'héritier bénéficiaire et le curateur d'une succession vacante une parité de situation évidente. On serait même tenté d'accorder au premier une capacité plus grande qu'au second. Or l'article 813 (1) confère au curateur l'exercice de toutes les actions faisant partie de la succession, nous n'avons aucune bonne raison pour refuser ce pouvoir à l'héritier bénéficiaire (2).

En pratique, avons-nous dit, cet état de choses ne présente pas d'inconvénients sérieux à cause du contrôle incessant des créanciers héréditaires, intéressés à la bonne administration des biens du défunt ; il offre même certains avantages, car il facilite et accélère les opérations de la liquidation en évitant à l'administrateur de recourir à une assistance étrangère.

En écrivant ce mot de liquidation, nous serions presque tentés d'y trouver un motif de suspecter la légitimité du tempérament que nous apportons aux principes

(1) ART. 813. — Le curateur à une succession vacante est tenu avant tout d'en faire constater l'état par un inventaire ; il en exerce et poursuit les droits ; il répond aux demandes formées contre elle.

(2) *Sic* Demolombe, t. XV, p. 268 ; Demante t. III, n° 126 bis. — Cassat. 26 avril 1852, Sirey, 1852, I, 513.

qui nous ont guidés jusqu'ici. Le curateur et l'héritier bénéficiaire sont-ils bien des administrateurs ? N'ont-ils pas reçu au contraire un mandat spécial quoique tacite, celui de liquidateurs : il est en effet de droit commun que le liquidateur peut ester en justice pour tout procès sans autorisation (1).

Il est vrai que l'article 803 qualifie l'héritier bénéficiaire d'administrateur, mais est-ce la première fois que le Code s'écarterait dans son texte de la précision du langage scientifique ?

Ce sont là des considérations qui, certes, sont loin d'infirmes l'existence de l'exception que nous avons cru devoir constater, mais qui en diminuent singulièrement l'importance.

En accordant ainsi à l'administrateur l'exercice de toutes les actions mobilières, et en lui refusant celui des actions immobilières, il pourrait nous sembler que bien ou mal résolue la question dût être considérée comme épuisée et qu'il n'y eût plus rien à ajouter. Mais il existe certaines actions mixtes que l'on ne saurait qualifier ni de mobilières ni d'immobilières (2), ni de réelles ni de personnelles, où chaque partie joue à la fois le rôle de

(1) Conf. Trib. de la Seine, 28 juillet 1866, rapporté dans le *Droit* du 22 septembre 1866. Un certain nombre d'arrêts ont décidé que pendant la gestion de l'héritier bénéficiaire les poursuites individuelles devaient être suspendues, ce qui produit une assimilation avec la faillite qui est certainement une liquidation. Riom, 24 août 1837. Sirey, 1839, 2, 379 ; — 24 août 1841, Sirey, 1841, 2, 637.

(2) Du moins dans la majorité des cas.

demanderesse et de défenderesse : cette description doit suffire à faire reconnaître les actions en partage.

Pour être complet il faut étudier la capacité de l'administrateur en matière d'actions en partage.

Quel est au juste le caractère de ces actions ? Leur exercice constitue-t-il un acte de disposition ? En droit romain la question devait être résolue affirmativement, puisque le partage était translatif de propriété ; il y avait lieu à des échanges réciproques entre les cohéritiers, qui supposaient chez eux la capacité d'aliéner. Cependant nous voyons l'action *communi dividundo* exercée par des personnes n'ayant pas un tel pouvoir, tels que le gagiste, l'emphytéote, l'usufruitier (l. 13, p. 3. D. *de usuf.* VII, 1). Une telle contradiction pourrait nous surprendre si elle ne se trouvait justifiée à Rome comme en France par un caractère particulier du partage qui est d'être un acte nécessaire. Chaque communiste a le droit de sortir de l'indivision et ses copropriétaires ne peuvent s'y opposer.

De nos jours où le partage est déclaratif de droits préexistants, et non plus translatif de droits nouveaux, ce motif de la nécessité du partage acquiert une vigueur encore plus grande. Il ne faudrait pourtant point se payer de mots, car l'article 883 crée une pure fiction. « Chaque cohéritier est *censé* succéder » dit le texte : il est même banal d'ajouter que cette fiction est destinée à éviter les recours entre cohéritiers par suite d'aliénations partielles et antérieures au partage que certains

d'entre eux auraient consenties à des étrangers. En dehors de cette hypothèse, il faut abandonner la fiction pour revenir à la réalité. Or la réalité, la voici : c'est qu'en somme il y a un échange mutuel de parts indivises, combiné de façon à localiser le droit de chacun dans une part divise.

En résumé l'action en partage constitue un acte de disposition. C'est le même résultat que celui des autres actions judiciaires, mais le moyen d'y parvenir est différent ; de plus elle se présente avec un caractère de nécessité impérieux que celles-ci ne possèdent point au même degré : l'intérêt de la société est en jeu en effet, puisque l'indivision est réputée dangereuse pour la richesse publique. Ce dernier motif va nous conduire à faciliter le plus possible l'exercice de cette action.

Si d'autre part on considère qu'une masse partageable est rarement homogène, et qu'elle se compose ordinairement de meubles et d'immeubles, on se trouve embarrassé pour faire l'application du principe qui gouverne d'après nous les aliénations mobilières et immobilières. Va-t-on faire deux parts dans la masse, l'une pour les meubles, l'autre pour les immeubles ? Accorderons-nous à l'administrateur la faculté de procéder seul au partage de la première ? La lui refuserons-nous pour la seconde ? Est-il besoin de faire remarquer qu'une telle organisation, logique en elle-même, constituerait une source inévitable de lenteurs et de difficultés ?

Il était préférable, en pratique, de prescrire les mêmes

règles dans tous les cas, et de choisir entre la liberté absolue de l'action en partage et son interdiction également absolue. Les considérations précédemment exposées favorisent la première solution.

Telle n'a pas été la méthode suivie par la loi. Elle s'est laissée guider par un critérium assez flottant que l'on peut analyser de la manière suivante :

Partout où on a trouvé à côté de l'administrateur une assistance régulièrement organisée, on a exigé son intervention en matière de partage et c'est ainsi que le tuteur doit requérir l'autorisation du conseil de famille (1), le mineur émancipé celle de son curateur, et que le mari commun doit réclamer le concours de sa femme toutes les fois qu'il s'agit d'un bien ne tombant pas en communauté, c'est-à-dire d'un bien dont il ne devient pas propriétaire d'après notre opinion.

Partout au contraire où cette assistance a manqué, on a abandonné l'exercice de l'action en partage à l'initiative de l'administrateur agissant seul. Nous pouvons citer comme exemple l'article 817 qui attribue ce droit aux envoyés en possession provisoire; la même solution s'impose pour l'héritier bénéficiaire et le curateur d'une succession vacante.

En somme le critérium n'est pas mauvais, il aboutit à exiger une garantie là où la situation des intéressés

(1) Mais il peut défendre seul au partage.

est assurément la plus favorable, puisqu'elle avait déjà attiré l'attention du législateur (1).

Enfin nous avons annoncé quelques mots sur le compromis. Nous serons extrêmement brefs car on reconnaît unanimement et avec raison qu'un tel acte doit être interdit à l'administrateur. C'est que le compromis n'est pas comparable à l'exercice d'une action, ce n'est pas un acte de disposition ordinaire ; c'est une sorte d'abdication du droit de comparaître devant les juges de droit commun, c'est un acte de confiance envers les personnes choisies comme arbitres : il y a là des considérations de fait trop délicates pour être laissées à la discrétion d'un administrateur.

(1) Dans toutes ces discussions nous avons intentionnellement laissé de côté la disposition de l'article 1549. Ce texte accorde au mari sous le régime dotal l'exercice de toutes les actions de sa femme ; mais on n'ignore pas que de nos jours encore on discute la question de savoir s'il n'est pas en réalité propriétaire de la dot. Dans tous les cas le régime dotal a été introduit après coup dans notre législation, il s'y est trouvé transporté avec sa construction toute romaine, et le principe que le mari est *dominus dotis* a été conservé en fait sinon en droit par les traditions des pays de droit écrit. Nous ne pouvons donc accepter aucun argument ni aucune objection tirée du régime dotal. Remarquons, en terminant, que même en admettant le droit de propriété du mari sur la dot, on ne lui confère pas pour cela le pouvoir d'intenter une action en partage. Cette distinction était déjà faite à Rome, elle est une preuve de plus du caractère anormal de cette action. (Voyez l'exposé de cette controverse qui ne touche que de fort loin à notre matière dans le tome XV du Cours de M. Demolombe, p. 516, nos 582 et s.)

CHAPITRE II

DES ACTES QUI CONSERVENT ET DE CEUX QUI AUGMENTENT LES BIENS SOUMIS AU POUVOIR D'ADMINISTRATION.

Nous avons esquissé précédemment la physionomie de l'acte conservatoire : c'est la confirmation du *statu quo*, le maintien de l'état de choses existant. Les richesses humaines n'ont pas en effet le privilège de l'immuabilité ; le sol perd peu à peu sa fertilité, il faut l'entretenir ; les constructions se désagrègent et tombent en ruines, il faut les réparer ; les meubles se détériorent, les bêtes de somme vieillissent et s'usent au service de l'homme, il faut les remplacer : partout une main prévoyante doit intervenir pour s'opposer aux ravages du temps et prévenir les effets de cette loi de décadence et de décroissement. Les actes conservatoires sont donc des actes nécessaires et l'on ne saurait refuser à l'administrateur la capacité de les faire, quelle que soit l'hypothèse où l'on veuille se placer. Si l'on choisit en effet celle où le pouvoir d'administration a son origine dans un mandat, c'est-à-dire l'hypothèse d'un administrateur de la chose d'autrui, il est à peine utile de démontrer que le but même d'un tel mandat doit être la conservation

de la chose administrée. Dans ce cas en effet l'administrateur est substitué au propriétaire, il doit agir à sa place dans toutes les circonstances où celui-ci serait obligé de le faire, et la nécessité de sa mission en est la mesure même. En un mot tous les actes d'administration présentent avec plus ou moins d'intensité (1) le caractère d'actes nécessaires, et c'est pour cela qu'il existe entre eux et les actes conservatoires une confusion presque absolue et que l'on a pu dire au Corps législatif que « conservation et administration étaient des termes corrélatifs » (2).

Ce sont là des vérités de bon sens que personne n'a jamais songé à contester, car il faut bien être d'accord sur quelque chose, sous peine de discuter dans le vide chacun de son côté. Nous pouvons donc avec confiance construire le syllogisme suivant :

Tous les actes conservatoires sont des actes nécessaires ; or tous les actes nécessaires sont des actes d'administration. Donc tous les actes conservatoires sont des actes d'administration (3).

La réciproque de cette conclusion ne serait pas complètement vraie et l'on ne peut dire en toute rigueur que tous les actes d'administration soient des actes conservatoires. Nous avons déjà vu en effet dans notre premier

(1) On verra plus loin la raison d'être de ce correctif.

(2) Rapport du tribun Siméon Fenet, XIII, p. 815.

(3) Rappelons-nous qu'il existe une exception à cette règle, car l'administrateur n'aurait pas le droit, selon nous, de procéder à des aliénations immobilières même présentant le caractère conservatoire.

chapitre que l'administrateur pouvant, selon nous, disposer des meubles de la façon la plus absolue, il se trouvait parfois entraîné à des actes ne présentant aucun caractère de nécessité ni même d'utilité. D'autre part il y a des actes d'administration qui sont plus que conservatoires, ce sont ceux qui augmentent la chose administrée tout en rentrant cependant dans les habitudes du *bonus paterfamilias*. Ces actes ont même ceci de particulier qu'à un certain point de vue et dans une certaine mesure, ils sont nécessaires comme tendant plus ou moins directement à maintenir l'intégrité de la chose administrée. C'est là un trait de physionomie commun à tout ce qui concerne la perception des fruits (V. plus haut p. 76).

On pourrait en somme résumer toute notre thèse dans cette question : *Quelles sont les exceptions à ce principe que tous les actes d'administration sont conservatoires ?* On peut déjà se rendre compte que malgré la simplicité de sa forme elle ne laisse pas d'être complexe.

Ainsi s'explique pourquoi nous avons réuni, dans un même chapitre, l'étude des deux derniers problèmes dont nous nous étions proposé l'examen. Étant donné que, parmi les actes qui augmentent la chose soumise au pouvoir d'administration, l'administrateur ne doit faire, comme nous allons le voir, que ceux qui présentent à un certain degré le caractère conservatoire, il n'y a aucune raison pour les faire rentrer dans une catégorie plutôt que dans l'autre. Ce sont si l'on veut des actes

éclectiques et participant à une double nature qui les rend rebelles à toute définition.

Nous étudierons donc successivement :

- 1° Les actes purement conservatoires ;
- 2° Les actes conservatoires qui augmentent dans une certaine mesure les biens administrés (actes mixtes) ;
- 3° Les actes qui réalisent purement et simplement une telle augmentation.

SECTION I

DES ACTES PUREMENT CONSERVATOIRES.

L'examen de ces actes ne nous offrira aucune difficulté, car ce sont les actes d'administration par excellence. Il serait même difficile de les énumérer, autant vaudrait cataloguer toutes les manifestations possibles de l'activité humaine. En voici des exemples classiques :

Renouveler une inscription hypothécaire,

En obtenir main-levée,

Interrompre une prescription,

Recevoir un capital mobilier et en donner décharge,

Procéder aux réparations depuis les plus petites jusqu'aux plus grandes et conclure dans ce but des marchés avec des ouvriers,

Poursuivre par toutes voies extra-judiciaires les débiteurs du patrimoine administré (nous nous sommes expliqués sur les poursuites judiciaires).

Il y a même certaines aliénations qui constituent des actes conservatoires, ainsi qu'on a pu le voir dans le chapitre précédent. C'est à ce titre que la vente d'une valeur mobilière se dépréciant de jour en jour peut être regardée comme un acte d'administration. De même le paiement des dettes, car c'est un acte nécessaire : « Qui paie ses dettes s'enrichit », dit le proverbe, mais il faut se garder d'y assimiler la dation en paiement et la novation qui ne se présentent jamais avec un caractère évident de nécessité. Quant aux aliénations immobilières elles pourront quelquefois apparaître comme conservatoires, nous refuserons cependant à l'administrateur le droit d'y procéder. Si nous supposons par exemple une ferme grevée d'une hypothèque et que d'autre part la dette ainsi garantie soit exigible ou le paiement urgent par suite du taux élevé des intérêts, nous devons interdire à l'administrateur d'éteindre cette dette en aliénant un terrain dépendant de la ferme, fût-il même inculte ou d'une exploitation difficile. C'est là le seul cas où un acte conservatoire ne puisse devenir un acte d'administration. Il est de principe en effet que les aliénations immobilières échappent au pouvoir de l'administrateur.

Parmi les actes purement conservatoires nous rangeons encore l'emploi et le remploi, car en substituant dans le patrimoine administré un élément à un autre, ils en maintiennent l'intégrité. Cela est si vrai que l'emploi est non seulement autorisé explicitement par la loi, mais même imposé à l'administrateur dans certain cas : voyez

article 126 pour les envoyés en possession provisoire, article 455 du Code civil et article 6 de la loi du 27 février 1880 pour le tuteur ; article 8 de la même loi pour les administrateurs des biens appartenant aux aliénés placés dans un établissement public ou privé ; articles 1558, 1559 pour le mari administrateur de l'immeuble dotal. L'emploi a pour but de donner plus de stabilité à la valeur employée : il est aussi destiné à la rendre productrice. C'est à ce point de vue que nous l'étudierons plus tard dans notre seconde section.

Il reste enfin une dernière question. L'emprunt est-il un acte conservatoire ? Nous répondrons par cette autre question : Est-ce un acte nécessaire ? Si oui, c'est un acte d'administration conservatoire. L'emprunt amoindrit le patrimoine administré, il le grève, il l'expose à une expropriation possible de la part des créanciers ; mais d'un autre côté il introduit une valeur nouvelle qui va peut-être permettre de procéder à des réparations urgentes, d'obvier à une ruine immédiate. C'est donc bien là le caractère d'un acte conservatoire, mais je le répète, il faut une nécessité absolue et non pas seulement comme le propose Laurent (1) un avantage évident : car l'administrateur n'est pas chargé de spéculer, il doit conserver ; c'est d'ailleurs lui seul qui reste juge de la nécessité de l'emprunt sous sa propre responsabilité (2).

(1) *Du mandat*, t. 27.

(2) Il ne faut pas oublier qu'une disposition spéciale de l'article 483 interdit l'emprunt au mineur émancipé.

SECTION II

DES ACTES MIXTES OU RELATIFS A LA PERCEPTION DES FRUITS.

Si tous les biens matériels sont pour ainsi dire marqués du sceau de la destruction, si leur conservation exige de la part de l'homme certains travaux et certaines dépenses, il sont aussi féconds pour la plupart, ils produisent des fruits et cette fécondité est plus que suffisante pour compenser les inconvénients de leur précarité. C'est ainsi que nous avons été amenés à considérer la perception des fruits comme un acte conservatoire : car c'est grâce à l'argent qu'on en retire que l'on pourvoit aux exigences de l'entretien. Pour tout ce qui dépasse cette mesure, nous ne sommes plus à vrai dire en présence d'un acte nécessaire, d'un acte qui s'impose pour éviter un dépérissement, mais l'administrateur ne peut être astreint à se renfermer dans un rôle aussi négatif et pour ainsi dire mécanique, il est chargé de faire produire à chaque chose la fin qui lui est propre, de lui faire remplir le but qu'elle doit atteindre ; c'est en effet là que réside le bien de cette chose et par conséquent la cause finale du pouvoir d'administration, il fera donc rendre des fruits à tout ce qui est susceptible d'en fournir sans se préoccuper de dépasser ou non les limites des besoins actuels.

Quant à l'excédent des recettes sur les dépenses, son emploi est tout indiqué, un père de famille prévoyant a

l'habitude de se constituer un fonds de réserve pour parer aux éventualités de l'avenir : ce fonds de réserve il le prélève sur la partie de ses revenus qui n'est pas absorbée par l'entretien de sa maison.

C'est ainsi qu'agira l'administrateur, et les sommes ainsi résumées, les économies ainsi réalisées, il les fera fructifier à nouveau, obéissant à la loi d'accroissement et de progrès qui s'impose à tous ceux qui ne veulent pas s'amoindrir et reculer. L'état stationnaire, l'immobilité est loin d'être un idéal à atteindre et nous n'en avons dans le monde aucun exemple ; dans tous les cas ce ne peut être celui de l'économie domestique, il ne faut pas d'argent qui dorme ; c'est un désidératum du sens pratique. Conserver et faire valoir, voilà donc la devise de toute bonne administration.

Nous pouvons ainsi ranger toute cette seconde classe d'actes sous une dénomination commune, celle d'« actes de faire valoir », c'est-à-dire destinés à faire produire des fruits au patrimoine administré. Ces fruits peuvent être civils ou naturels et nous assimilons aux fruits naturels ce que l'on a convenu d'appeler les fruits industriels. En d'autres termes, l'administrateur peut se livrer à une exploitation directe des biens qui lui sont confiés : c'est l'hypothèse des fruits naturels ; ou bien il peut en conférer la jouissance à des tiers moyennant une rétribution en nature ou en espèces que ceux-ci s'engagent à lui payer : c'est l'hypothèse des fruits civils. Ces deux méthodes sont également susceptibles de fournir de

9

bons résultats : c'est à l'administrateur qu'il incombe de choisir celle qu'il doit suivre dans chaque circonstance. Il y a d'ailleurs certains cas où la production de fruits naturels est impossible : c'est ainsi que le seul moyen de « faire valoir » une maison d'habitation, c'est de la donner à bail ; de même les capitaux en argent ne peuvent être utilisés et rendus frugifères que par un placement, c'est-à-dire par une sorte de loyer.

Nous allons présenter quelques observations sur ces deux classes de fruits.

La production des fruits naturels ne soulève aucune difficulté. En cette matière les actes de l'administrateur lui sont comme dictés par les besoins du moment : nous devons donc considérer comme acte d'administration les frais d'ensemencement, de labour, de récoltes, d'engrangement, l'achat de bêtes de somme, d'engrais, etc. De même s'il s'agit d'une exploitation industrielle, l'administrateur devra procéder à tous les actes imposés par son fonctionnement. Mais, dans un cas comme dans l'autre, il devra éviter tout ce qui a un caractère de spéculation, par exemple une culture trop intensive, ou encore la vente à perte dans un but de concurrence.

La même considération se trouve justifiée pour les placements de capitaux et ici nous abordons l'étude des fruits civils. L'administrateur ne devra pas chercher les gros intérêts ou les dividendes exagérés car les chances de perte sont toujours au moins proportionnelles aux chances de gain. Et qu'on ne nous objecte pas que l'ad-

administrateur peut, suivant nous, disposer des meubles corporels ou incorporels avec la plus grande latitude ; ce qu'il peut faire ne nous indique pas en effet ce qu'il doit faire. Évidemment toute aliénation de meubles par lui accomplie doit être en droit considérée comme valable, mais ce n'est pas une raison pour qu'il n'en devienne pas responsable, si elle n'est pas conforme au but de l'administration qui est de conserver et faire valoir, et faire valoir en conservant. Si nous avons élargi son mandat, si nous lui avons accordé certaines facilités pour le remplir, ce n'est point pour le dispenser d'en rendre compte. Le contraire serait plutôt vrai.

Nous pouvons maintenant aborder la question des baux consentis par l'administrateur : ce que nous avons dit précédemment va nous en faciliter la solution.

La théorie générale du Code, c'est que les baux au-dessus de neuf ans dépassent les limites du pouvoir d'administration.

Nous en avons la preuve dans l'article 1718 pour le tuteur, dans l'article 481 pour le mineur émancipé, dans l'article 595 pour l'usufruitier et dans les articles 1429 et 1430 pour le mari commun administrateur des biens propres de sa femme. Quant aux envoyés en possession provisoire il n'existe aucune bonne raison pour les soustraire à cette règle. M. Demolombe, tout en soutenant le contraire pour l'honneur des principes (1), con-

(1) Et sans autres arguments d'ailleurs que le silence des textes qui n'en est pas un. T. II, p. 117.

vient pourtant qu'ils feront sagement de s'y conformer.

La véritable difficulté consiste à se rendre compte de cette limitation de la durée du bail. Il est certain que les baux de plus de neuf ans peuvent être très utiles, s'il s'agit par exemple d'une terre inculte exigeant des avances de la part du fermier ; mais la plupart du temps, il faut l'avouer, le laps de temps de neuf ans est suffisant pour assurer une bonne exploitation.

Doit-on dire pour justifier l'établissement de ce terme qu'au-dessus de neuf ans le bail doit être considéré comme une aliénation ? Ce serait tomber dans la même erreur que ceux qui ont voulu voir dans les baux de dix-huit ans postérieurs à la loi du 23 mars 1855 des actes constitutifs de droits réels : l'article 2 de cette loi assujettit en effet à la transcription les baux de dix-huit ans et au-dessus.

La vérité est que le bail ne change pas de nature en changeant de durée ; mais que les baux à long terme engagent fortement le bailleur pour l'avenir, qu'ils rendent pour longtemps les biens loués indisponibles sinon en droit, du moins en fait, car on ne se soucie pas d'acheter une maison ou une ferme dont on ne puisse immédiatement entrer en jouissance et qui pour des années encore se trouve aux mains d'un fermier ou d'un locataire qu'on n'a pas choisi. Il se produit en somme une dépréciation des biens donnés à bail à long terme, et cette dépréciation, il ne doit pas être au pouvoir de l'administrateur de la produire.

Ajoutons que les règles sur le renouvellement des baux à ferme ou à loyer sont aussi rigoureusement applicables que celles qui limitent la durée du bail lui-même et pour des motifs identiques.

SECTION III

DES ACTES QUI RÉALISENT UNE AUGMENTATION PURE ET SIMPLE DANS LE PATRIMOINE ADMINISTRÉ.

Sur cette classe d'actes nous serons très brefs, car on s'accorde à les reconnaître comme en dehors du pouvoir d'administration.

Que comprennent-ils en effet ?

D'un côté les spéculations ;

De l'autre les acceptations de successions et de donations.

Voilà en résumé tous les actes qui réalisent une augmentation pure et simple dans le patrimoine administré.

Or nous avons déjà exposé les motifs qui nous font exclure les spéculations des actes d'administration : c'est qu'elles engagent le capital. Ce sont des contrats aléatoires exigeant un enjeu que l'on risque de perdre sans aucune compensation, et par lesquels on ne peut, suivant l'expression de Pothier, « croire de bonne foi faire utilement les affaires du mandant » (1). Cette formule du célèbre jurisconsulte est même trop absolue en ce sens qu'on ne saurait accorder à l'administrateur le

(1) T. V, édit. Bugnet, p. 241, n° 166.

droit de faire des actes de simple utilité. La Cour de Gand a fait choix d'un critérium plus rigoureux et meilleur dans un arrêt rapporté par Laurent (1), et qui limite la capacité de l'administrateur « aux actes qui sont d'usage », c'est-à-dire d'une opportunité universellement reconnue. N'est-ce pas là ce que nous exprimions quand nous nous parlions des actes « présentant avec plus ou moins d'intensité le caractère nécessaire » (2). Tout ce qui est excessif ou hasardeux, en un mot spéculatoire, dépasse donc le pouvoir de l'administrateur : ce n'est plus là en effet la conduite du bon père de famille.

Quant à l'acceptation des successions, nous ferons une distinction entre l'administrateur de la chose d'autrui et le propriétaire dont les pouvoirs ont été restreints aux actes d'administration : dans les deux cas, d'ailleurs, nous formulerons une interdiction absolue, mais pour des raisons différentes.

Celui qui est en même temps propriétaire et administrateur ne pourra accepter une succession, parce que c'est un acte grave et que la loi n'a pas dû lui laisser la liberté d'en assumer la responsabilité. Non seulement en effet il est souvent difficile de savoir si la succession est bonne, c'est-à-dire si elle renferme actuellement plus d'actif que de passif, mais il peut surgir à tous moments de nouvelles dettes, payables *ultra vires suc-*

(1) T. XXVII, p. 481, arrêt du 24 février 1843.

(2) V. p. 111.

cessionis et capables de rendre la situation de l'héritier extraordinairement précaire. L'acceptation bénéficiaire ne constitue même pas un moyen terme de conciliation, car par l'obligation du rapport qu'elle entraîne, elle se résout souvent en un préjudice pour l'acceptant : dans bien des cas une renonciation lui serait préférable. Mais ce sont là des questions délicates que l'administrateur ne saurait apprécier, puisqu'on le juge incapable de procéder à des actes beaucoup plus simples tels que les aliénations immobilières.

Et c'est ainsi que le mineur émancipé est inhabile à accepter une succession sans l'autorisation du conseil de famille. Il en est de même pour la femme mariée qui n'a pas l'autorisation de son mari. Quant à l'héritier bénéficiaire, s'il accepte d'une façon quelconque une succession faisant partie de la succession bénéficiaire, il accomplit un acte d'héritier pur et simple qui le fait déchoir du bénéfice d'inventaire et exclure de la catégorie des administrateurs. Ce sont là des solutions empreintes toutes d'une égale certitude.

L'interdiction d'accepter les donations repose sur un motif tout différent : c'est qu'il est certaines libéralités qui déshonorent ceux qui en sont l'objet et qui ont tout intérêt à les répudier. Il en est d'autres qui au point de vue de la paix des familles produiraient les conséquences les plus désastreuses. Il y a là des questions d'ordre moral que l'administrateur est impuissant à résoudre :

une assistance lui est donc nécessaire. V. art. 934 et 935 (1).

Si maintenant nous arrivons à l'hypothèse d'un administrateur de la chose d'autrui, les mêmes considérations s'imposent il est vrai dans le même sens, mais il s'en ajoute une autre qui est décisive : c'est que l'administrateur n'est ni héritier ni donataire, que par conséquent toute acceptation par lui faite est irrégulière (2). Malgré l'évidence de cette conclusion il est né une controverse à propos du mari commun, administrateur des propres de sa femme, et l'on a prétendu qu'il pouvait accepter une succession échue à celle-ci, malgré son refus ou son opposition.

Quatre opinions se sont d'ailleurs produites à ce sujet, mais nous pouvons en écarter deux immédiatement.

L'une qui fait intervenir la justice comme arbitre, et ne tranche pas la question de droit. Il ne s'agit pas en effet de consulter les magistrats pour savoir si tel acte est utile ou non aux intérêts de la communauté, mais si d'une façon générale l'acceptation faite par le mari est régulière (3).

L'autre qui permet au mari de procéder à un partage

(1) ART. 934. — « La femme mariée ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari et au cas de refus du mari sans autorisation de justice. » Ce texte s'applique donc à la femme séparée de biens qui a la qualité d'administrateur.

ART. 935. — « 2° Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur. »

(2) V. art. 461 et 463 pour le tuteur.

(3) Thiry. *Revue critique* 1857, p. 248.

provisionnel de la succession en vertu de l'article 818, mais accorde à la femme de rendre ce partage inutile et non avenu par sa renonciation postérieure et de forcer le mari à restituer les biens héréditaires mis dans son lot. Mais là encore il n'y a pas l'ombre d'une solution, ou s'il y en a une, elle se présente bien mal : car si on laisse à la femme le droit de renoncer, pourquoi permettre au mari d'accepter ? ce serait une faveur ridicule qui ne cesserait de l'être que si la renonciation ultérieure de la femme devait demeurer sans effet. La possibilité de procéder à un partage provisionnel n'implique donc aucunement la capacité d'accepter, c'est un simple acte conservatoire relatif à des droits éventuels que la femme est toujours libre de ne point transformer en droits actuels (1).

Restent les deux opinions intransigeantes et je ne crois pas qu'au point de vue des principes il soit permis d'hésiter entre elles.

A quel titre en effet le mari pourrait-il accepter la succession échue à sa femme ? Est-ce comme héritier ? Il ne l'est pas. Est-ce comme administrateur, comme mandataire de son conjoint ? Mais il irait directement contre la volonté de son mandant, et d'ailleurs, étant donné qu'il s'agit d'un véritable acte de propriété, le mandat devrait être exprès (art. 1988). On objecte que l'article 788 permet aux créanciers d'accepter au lieu et place de leur débiteur, et l'on ajoute que le mari est

(1) Aubry et Rau, V. parag. 513, texte et note 2.

plus qu'un créancier, et que la femme en se mariant lui a cédé non seulement « la propriété des biens meubles et la jouissance des biens immeubles qui lui appartiennent, mais aussi de ceux qui viendront à lui échoir pendant le mariage » (1).

Mais une telle cession ne doit même pas être supposée car ce serait un pacte sur successions futures formellement interdit par l'article 791 ainsi conçu : « On ne peut même par contrat de mariage... aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à la succession d'un homme vivant. » Le texte ne distingue pas entre la convention expresse ou tacite.

D'ailleurs il est au moins extraordinaire de juger plus favorablement la situation du mari que celle du créancier. Celui-ci cherche à faire rescinder un acte frauduleux, celui-là au contraire n'a peut-être consenti au mariage qu'en vue des « espérances » de son conjoint, il n'y a rien d'immoral à ce que son attente soit déçue.

Nous refuserons donc au mari commun le droit d'accepter une succession échue à sa femme et nous ne reconnaitrons ainsi aucune exception à notre règle (2).

(1) Guillaud, *Cont. de mariage*, t. II, p. 260.

(2) Sic Laurent, XXI, nos 436-441. Conf. Riom, 18 avril 1825 ; Sirey, C. N., VIII, II, 63 et Riom, 19 avril 1828 ; Sirey, C. N. IX, II, 69.

CONCLUSION

Notre second chapitre a été plus court que le premier, il ne faut pas s'en étonner car c'est dans celui-ci que nous avons rencontré les véritables difficultés, c'est là que nous avons fait apparaître le critérium qui nous a guidés dans toutes nos recherches ultérieures.

Nous pouvons maintenant donner une définition précise du pouvoir d'administration :

« Le pouvoir d'administration a pour but de conserver et faire valoir les biens qui lui sont soumis. » Étant donné que nous avons analysé le contenu de ces deux mots, la définition est aussi claire que possible.

Il doit conserver, c'est-à-dire maintenir l'intégrité du patrimoine qui lui a été confié. Mais n'oublions pas qu'il ne peut faire tous les actes conservatoires, car il lui est interdit de procéder à des aliénations immobilières, même présentant ce caractère ; n'oublions pas non plus qu'en vertu du droit absolu de disposer des meubles que nous lui avons reconnu, il peut aussi quelquefois dépasser la mesure des actes conservatoires.

Il doit faire valoir, c'est-à-dire accomplir une série d'actes nécessaires d'une façon plus ou moins immédiate à la conservation du patrimoine lui-même, mais qui même en dehors de cette préoccupation s'imposent à l'administrateur, comme dérivant de la nature des

choses. Si de tels actes peuvent en effet se traduire par un enrichissement, c'est pour ainsi dire un enrichissement intrinsèque, produit par les biens administrés. Jamais nous ne permettrons à l'administrateur de recourir à l'action d'une cause extérieure pour réaliser une augmentation de valeur. Donc impossibilité et interdiction des spéculations et des acceptations de succession.

A plus forte raison lui défendrons-nous de prendre en main des intérêts plus grands que les intérêts pécuniaires. Donc impossibilité d'accepter les donations.

Voilà en somme le développement succinct de la définition que nous avons fournie : c'est en même temps le résumé de notre étude. Les actes d'administration échappent à toute critique, ils rentrent dans un exercice bien entendu du droit de propriété. Si l'on écrivait un Code manuel, un Guide du bon père de famille, on tracerait en même temps la meilleure ligne de conduite que puisse suivre l'administrateur.

Est-ce à dire que tous les administrateurs jouissent d'une capacité identique ? Ce serait méconnaître une évidente vérité que nous avons exposée dans notre introduction. Il se produit souvent en effet sur la tête des administrateurs un encombrement de personnalités juridiques qui déconcerte l'analyse. Cette complexité va nous apparaître, si nous passons en revue les principaux administrateurs légaux et elle va nous apparaître sans danger, car nous avons maintenant le moyen d'éviter la confusion qu'elle fait naître.

Les envoyés en possession provisoire sont des mandataires, des administrateurs de la chose d'autrui, l'article 125 les qualifie en effet de dépositaires. C'est assurément le type le plus simple parmi les administrateurs légaux.

Le tuteur présente le même caractère mais son mandat a été plus fortement organisé que celui des envoyés en possession provisoire. La loi ne laisse prise à aucun doute et ne présente aucune lacune. Elle a placé à côté de lui une assistance à double étage composée au premier rang du conseil de famille et au deuxième du tribunal civil. C'est un des rares administrateurs qui ne peuvent disposer du mobilier incorporel (loi du 27 février 1880).

Le mari commun est aussi un mandataire, un administrateur de la chose d'autrui mais seulement à l'égard des propres de sa femme, car pour ce qui concerne la communauté nous lui avons reconnu d'autres droits ; malgré les rapports d'intimité et de confiance qui l'unissent à son conjoint, il était utile de ne point lui conférer une capacité plus grande qu'aux autres administrateurs, à raison même de l'ascendant qu'il peut avoir sur le propriétaire des biens qui lui sont confiés. C'est un des cas assez rares où nous pouvons réclamer dans le contrat de mariage une analogie complète en faveur du droit commun.

Le mineur émancipé inaugure la série des administrateurs qui sont en même temps propriétaires (1). La res-

(1) A un point de vue plus particulier et que nous avons dû laisser de côté

triction apportée à ses pouvoirs est toute dans son intérêt et destinée à le protéger contre son inexpérience (1). Lui aussi est entouré d'une assistance à plusieurs degrés (curateur, conseil de famille, tribunal civil), et soumis à la loi précitée du 27 février 1880.

L'héritier bénéficiaire est également propriétaire, mais sa liberté d'action a été entravée dans l'intérêt d'autrui. Par le fait même qu'il se soustrayait au paiement intégral des dettes du défunt, on a voulu donner aux créanciers l'assurance d'être payés sur la totalité du patrimoine héréditaire et leur en garantir la conservation. Il ne faut donc pas dire que l'héritier bénéficiaire administre au nom des créanciers de la succession, car aucun mandat n'a été donné : il faut dire seulement, qu'en faveur des créanciers, il subit une restriction dans l'exercice de son droit de propriété, et qu'il lui est interdit de faire d'autres actes que ceux d'administration. C'est le seul administrateur qui puisse intenter les actions immobilières.

La femme séparée est aussi un propriétaire dont la capacité a été circonscrite aux actes d'administration. Il y en a un double motif : d'abord son inexpérience, ensuite le respect dû à l'autorité du mari qui doit être consulté quand il s'agit d'un acte important. La femme se trouve même dans une situation d'infériorité tout à

la grande différence qui sépare les administrateurs qui ne sont pas propriétaires de ceux qui le sont, c'est qu'en cas d'excès de pouvoir les premiers encourrent une responsabilité à laquelle les seconds restent étrangers.

(1) Particulièrement la restriction relative à l'emprunt, art. 483.

fait spéciale, puisqu'elle ne peut ester en justice même en matière mobilière sans l'autorisation de son mari. C'est une prohibition qui s'applique à la femme mariée et non à la femme administrateur.

Au point où nous en sommes, nous pouvons nous demander si le législateur a eu dans l'esprit une idée bien nette quand il a distingué une libre administration, une pure administration, une administration provisoire, une entière administration.

Je crois qu'il n'y a qu'une seule administration, celle dont nous avons esquissé la physionomie. Tout au plus peut-on penser qu'en cas d'incertitude sur le caractère d'un acte donné, car la pratique offre souvent des complications embarrassantes où les éléments de décision se trouvent confondus et entremêlés, il faudra accorder une capacité plus grande à l'administrateur que la loi aura gratifié de la « libre administration » de « l'entière administration. » *In dubio pro libertate dicendum*. C'est là une question de tendances à analyser ; il faut voir quelle est pour chaque agent l'origine du pouvoir d'administration, si ce pouvoir lui a été accordé avec discrétion et comme à regret, ou au contraire de plein droit et comme une chose due. C'est une affaire de tact juridique.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — L'ancienne indivision entre agnats explique les caractères originaux du contrat de société à Rome.

II. — L'usucapion à l'origine n'exigeait ni juste titre ni bonne foi.

III. — Le colonat est une création des empereurs.

IV. — En matière hypothécaire la succession *in locum* ne s'explique pas par l'idée de cession d'actions.

DROIT CIVIL

V. — L'officier de l'état civil ne doit pas inscrire le nom de la mère naturelle quand même il en recevrait la déclaration.

VI. — La femme divorcée peut dans certains cas conserver le nom de son mari.

VII. — Le rapport d'un petit-fils à la succession de son aieul paternel lorsqu'il vient par représentation en concours avec un oncle paternel doit comprendre tous les biens donnés à son père prédécédé par cet aieul, et cela même dans l'hypothèse où il existe d'autres petits enfants issus du même père mais qui renoncent à la succession de l'aieul.

VIII. — La présomption de l'article 1733 n'existe pas contre le sous-locataire.

DROIT INTERNATIONAL.

IX. — Le régime légal de deux français qui se marient à l'étranger doit s'apprécier d'après l'intention des parties.

X. — Pour déterminer la nationalité des sociétés, il faut s'attacher au pays du siège social non au pays du siège d'exploitation.

DROIT COMMERCIAL.

XI. — Le commerçant qui n'a que des dettes civiles ne peut être déclaré en faillite.

XII. — La femme non commerçante qui appose sa signature au bas d'une lettre de change ne devient pas justiciable des tribunaux de commerce.

Vu :

Le Professeur, président de la thèse,

Vu :

GUILLOUARD.

Le Doyen de la Faculté,

ED. VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.

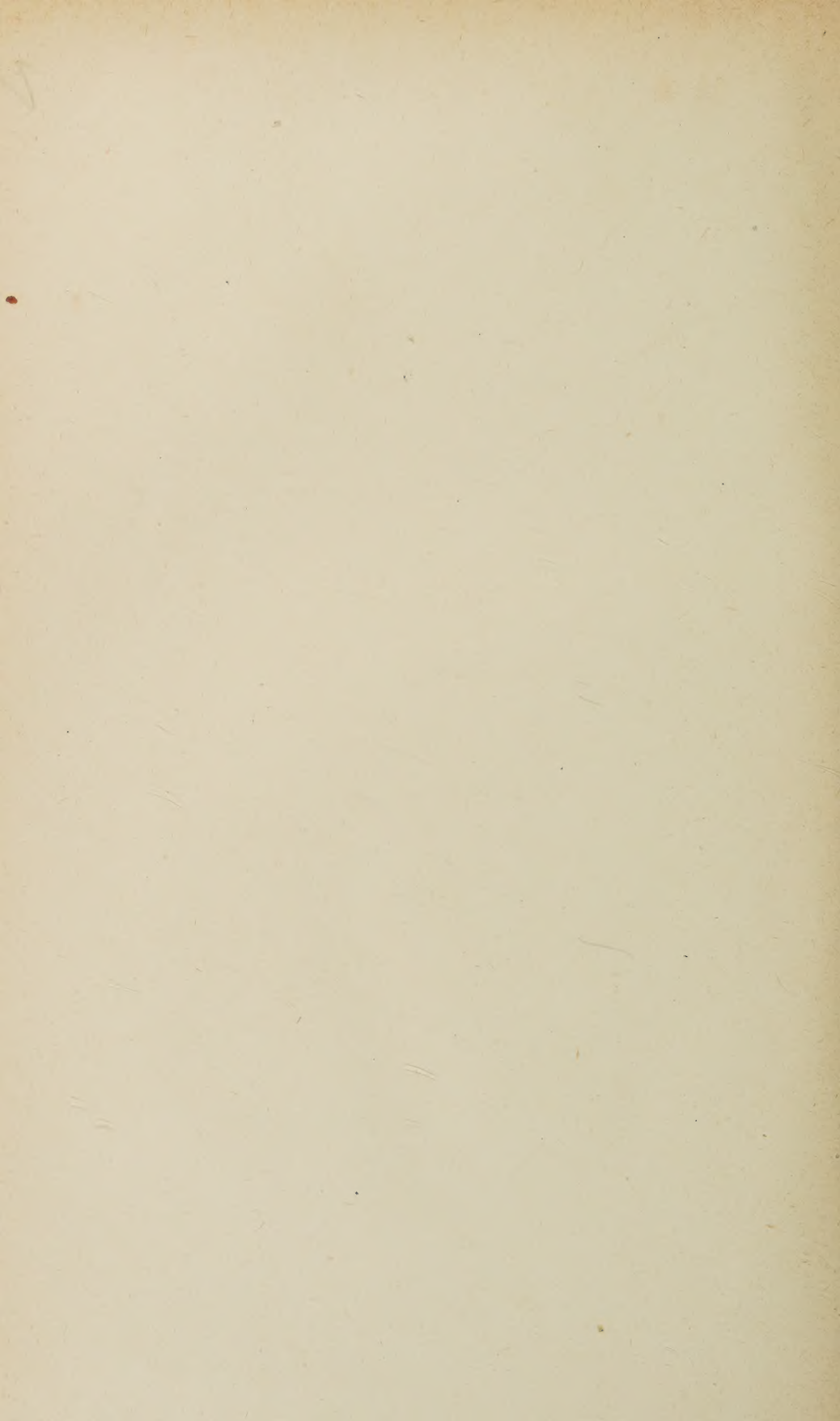
TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION	1-9
Procédure <i>in jure</i>	9-45
Procédure <i>in judicio</i>	46-54
Synthèse.	55-61

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.. . . .	63-68
Analyse de la notion d'administration.	69-139
CHAPITRE I ^{er} . — § 1. Des actes de disposition.	77-111
§ 2. — <i>Exercice des actions.</i>	111-121
CHAPITRE II. — Des actes qui conservent et de ceux qui augmentent les biens soumis au pouvoir d'administration	122-139
§ 1. — <i>Des actes conservatoires.</i>	125-127
§ 2. — <i>Des actes mixtes.</i>	128-133
§ 3. — <i>Des actes qui augmentent purement et simplement les biens administrés.</i>	133-139
CONCLUSION.	139-143



Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, St Dizier. 30, Passage Verdeau, Paris.
